الوسيط في شرح القانون المدني

للدكتور / عبد الرازق السنهوري

الجزء الثاني : آثار الالتزام

تم إخراج هذه النســــخة بواسطة :

Mr-Gado

e-mail : mr_gado@yahoo.com

تمهيـــد *

(١)

تنفيذ الالتزام

٣٨٠ – أثر الالتزام وأثر العقد : أثر العقد هو إنشاء الالتزام ، إذ العقد مصدر من مصادر الالتزام .

أما أثر الالتزام فهو وجوب تنفيذه . وقد خلط التقنين المدني الفرنسي خلطاً ظاهراً بين أثر العقد وأثر الالتزام ، فعالج الأثرين معاً مختلطين في باب واحد ، وكان ينبغي التمييز بينهما تمييزاً دقيقاً [1] . أما التقنين المدني المصري السابق فقد فصل ما بين الأثرين، وتجنب الخلط الذي وقع فيه التقنين المدني الفرنسي ، ولكنه كان مقتضباً كل الاقتضاب في بسط الأحكام المتعلقة بآثار الالتزام ، فأغفل " طائفة من أمهات المسائل التي تعرضت لها التقنينات الحديثة " [2] . واستدرك هذا النقص التقنين المدني المصري الجديد ، فتناول آثار الالتزام في

---

* مراجع : نذكر هنا المراجع العامة التي يعتمد عليها في هذا القسم ، تاركين المراجع الخاصة بكل موضوع نذكرها عند الكلام في هذا الموضوع . وقد بينا أمام كل مرجع الطبعة التي رجعنا إليها ، فعند الإشارة إلى المرجع تنصرف الإشارة إلى هذه الطبعة .

الفقه الفرنسي : أوبري ورو وبارتان جزء ٤ طبعة سادسة – بودري وبارد الجزآن الأول والثاني طبعة ثالثة – ديموج الجزآن السادس والسابع – بلانيول وريبير وردوان جزء سابع طبعة ثانية – بيدان ولاجارد الجزآن الثامن والتاسع طبعة ثانية – دي باج الجزآن الثاني والثالث طبعة ثانية (في شرح القانون البلجيكي) – بلانيول وريبير وبولانجيه الجزء الثاني طبعة ثالثة – كولان وكابيتان وجولودي لاموارنديير الجزء الثاني طبعة عاشرة – جوسران الجزء الثاني طبعة ثانية – داللوز أنسكلوبيدي .

الفقه المصري : دي هلتس – هالتون – والتون – الأستاذ عبد السلام ذهني في نظرية الالتزامات – نظرية العقد للمؤلف – الموجز للمؤلف – الأستاذ حلمي بهجت بدوي في نظرية العقد – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام (سنة ١٩٤٥) – الأستاذ عبد الحي حجازي في النظرية العامة للالتزام الجزء الثالث – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام .

(١) بودري وبارد ١ فقرة ٣٢٨ – فقرة ٣٢٩ – دي باج ٣ فقرة ٦٤ وفقرة ٦٦ .

(٢) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، فتقول : " قتر التقنين الحالي (القديم) في النصوص الخاصة بآثار الالتزام تقتيراً أغفل معه طائفة من أمهات المسائل التي تعرضت لها التقنينات الحديثة . وإذا كان قد أغفل الالتزامات الطبيعية وهي بعد مغموطة الحق في أغلب التقنينات ، فثمة مسائل أخرى تتصل بآثار الالتزام يكاد يكون نصيبها من الإغفال كاملا . وأهم هذه المسائل : التنفيذ العيني وما يقتضيه من تنظيم بالنسبة لأقسام الالتزام الثلاثة ، والتنفيذ بالغرامات التهديدية ، والتنفيذ بمقابل وبوجه خاص تبعه المسدين –

باب رتب ترتيباً تتسلسل الأحكام فيه ، وتتعاقب النصوص على وجه قل أن تجد له نظيراً في التقنينات الحديثة [1] .

. وتنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذاً عينياً (exécution en nature) أو تنفيذاً بمقابل (exécution par équivalent) عن طريق التعويض (dommages-intérêts) كذلك قد يكون تنفيذ الالتزام تنفيذاً اختيارياً (exécution volontaire) أو تنفيذاً جبرياً . (exécution obligatoire)

٣٨١ – التنفيذ العيني والتنفيذ عن طريق التعويض :

والأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون تنفيذاً عينياً ، فيقوم المدين بأداء عين ما التزم به ؛ وذلك إذا توافرت شروط معينة سيأتي ذكرها . أما إذا اختل أحد هذه الشروط فإن التنفيذ يكون بمقابل ، فيقوم المدين بدفع تعويض للدائن يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب عدم تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً . وقد يكون التعويض هو ذاته تعويضاً عينياً (réparation en nature) . فإذا التزم جار بألا يقيم حائطاً في أرضه يحجب النور عن جاره ، فإن التنفيذ العيني لهذا الالتزام هو ألا يقيم الجار الحائط ، والتعويض العيني هو هدم الحائط بعد أن يكون الجار قد أقامه . ولكن التعويض العيني نادر في العمل ، وأكثر ما يكون التعويض مبلغ من النقود .

– والإعفاء منها ، وإجراءات التنفيذ وإجراءات التحفظ . ثم إن من المسائل ما بالغ هذا التقنين في إجمال الأحكام الخاصة به مبالغة لا تخلو من الإخلال أحياناً ، كما هو الشأن في الأعذار والشرط الجزائي والفوائد والدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية " . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٤).

(١) الوسيط جزء أول ص ٣٠ – ص ٣١ – وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وقد استدرك المشروع أوجه النقص المتقدمة جميعاً ، وجهد في علاج أهم وجه منها، فعمد إلى تنظيم الإعسار دون أن يكون أمامه مثال كامل يطمئن إلى احتذائه كلما دعت الحاجة لذلك. ويكفي أن يشار بوجه عام إلى ما تضمن هذا الباب من مسائل . فقد استهل بأحكام تمهيدية أفردت في سياقها بعض نصوص للالتزامات الطبيعية ، ثم عرض بعد ذلك للالتزامات المدنية فعقد لها فصولا ثلاثة: تناول في أولها التنفيذ العيني وما يتبعه من تنفيذ بالغرامات التهديدية . وخص الثاني بالنصوص المتعلقة بالتنفيذ بمقابل وما يتصل به من أحكام الأعذار ، وتقدير التعويض تقديراً قضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً . ووقف ثالثها على ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل التنفيذ ووسائل الضمان . ويراعى أن وسائل التنفيذ أو الاستخلاص تنتظم دعاوى ثلاثاً تتفرع جميعاً على اعتبار الذمة ضماناً عاماً للدائنين : وهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية .. أما وسائل الضمان فيمثلها حق الحبس ، وقد بسطت أحكامه بسطاً يسمو به إلى مرتبة الأصول العامة . وأخيراً اختتمت نصوص هذا الفصل بالأحكام الخاصة بتنظيم الإعسار . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٤ – ص ٤٩٥) .

٣٨٢ – التنفيذ الاختياري والتنفيذ الجبري :

وسواء كان التنفيذ عينيا أو كان عن طريق التعويض ، فإن المدين يدعى إلى تنفيذه اختياراً . والتنفيذ الاختياري هو الذي يقابل عنصر المديونية (schuld) في الالتزام ، ويدعى عادة بالوفاء (paiement) ، وموضع الكلام فيه عند أسباب انقضاء الالتزام فهو أول هذه الأسباب وأهمها . وإذا امتنع المدين عن التنفيذ اختياراً – ولم يكن الالتزام التزاماً طبيعياً على النحو الذي سنبينه فيما يلي – أجبر على التنفيذ العيني أو التنفيذ بطريق التعويض على حسب الأحوال . والتنفيذ الجبري هو الذي يقابل عنصر المسئولية (haftung) في الالتزام .

ولا يصح الخلط بين التنفيذ الجبري والتنفيذ العيني واعتبارهما شيئاً واحداً ، ذلك أن التنفيذ الجبري كما قد يوجه إلى تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ، كذلك قد يوجه – بل إن هذا هو الذي يقع كثيراً – إلى تنفيذ الالتزام بطريق التعويض [1] .

٣٨٣ – الضمان العام للدائنين :

وجميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته ، وهذا يسمى بالضمان العام (gage commun) للدائنين . والدائنون متساوون قانوناً في هذا الضمان ، لا يتقدم أحد منهم على الآخرين إلا من خوله القانون ذلك بمقتضى حق خاص ؛ كرهن أو امتياز ، على مال معين للمدين ، وعندئذ لا يتقدم على سائر الدائنين إلا بالنسبة على هذا المال وحده .

والمساواة ما بين الدائنين في التنفيذ على أموال المدين إنما هي مساواة قانونية ، لا مساواة فعلية . فالقانون يجعل لكل دائن الحق في التنفيذ على أموال مدينه ، فإذا بادر أحدهم إلى التنفيذ على مال للمدين ، كان لسائر الدائنين الحق في مشاركته في هذا التنفيذ ومقاسمته ما ينتج منه مقاسمة الغرماء . ولكن إذا كانت هذه المشاركة جائزة قانوناً ، فقد تكون غير متيسرة فعلا . ويرجع ذلك إلى أسباب كثيرة : فقد يكون الدائنون الآخرون غير عالمين بما يتخذ الدائن من إجراءات التنفيذ ، وإذا علموا فقد تكون إجراءات التنفيذ قد وصلت إلى مرحلة لا تسمح لهم بالمشاركة الفعلية ، وإذا كانت إجراءات التنفيذ لم تصل إلى هذه المرحلة فقد يعوزهم سند قابل للتنفيذ يستطيعون بمقتضاه المشاركة الفعلية ، إذ قد تكون حقوقهم غير خالية من النـــزاع ، أو هي خالية من النـــزاع ولكنها غير مستحقة الأداء ، أو هي مستحقة الأداء ولكنها غير مقترنة بسند رسمي أو حكم قابل للتنفيذ . تلك هي بعض وجوه انعدام المساواة بين الدائنين من الناحية الفعلية ، وإن كانوا جميعاً متساوين من الناحية القانونية كما قدمنا .

---

(١) دي باج ٣ فقرة ٦٧ .

والدائن ، قبل أن يتخذ الإجراءات التنفيذية توجد مرحلة وسطى من الإجراءات ، هي فوق الأولى ودون الثانية ، يمهد بها الدائن إلى التنفيذ ولا يقتصر على مجرد المحافظة على أموال المدين . هذه الإجراءات التمهيدية هي الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية وحبس مال المدين وشهر إعساره . وفي شهر إعسار المدين – كما سترى – ضمان أقوى للمساواة ما بين الدائنين ، وإن كان ذلك لا يبلغ مبلغ شهر الإفلاس ، فلا تزال إجراءات التنفيذ بعد شهر الإعسار إجراءات فردية لا جماعية .

٣٨٤ – الموضوعات التي يتناولها هذا القسم من الكتاب : هذه هي الموضوعات التي يتناولها هذا القسم من الكتاب في آثار الالتزام : التنفيذ العيني ، ثم التنفيذ بطريق التعويض ، ثم القاعدة التي تقضي بأن أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته وما تتضمنه هذه القاعدة من الإجراءات التمهيدية وهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية والحق في الحبس والإعسار .

وقبل ذلك – وفي هذا التمهيد – نتكلم في الالتزام الطبيعي والالتزام المدني ، وهما يفترقان من حيث الجبر في التنفيذ ، فالالتزام الطبيعي لا جبر في تنفيذه وينفذ الالتزام المدني جبراً على المدين .

(٢)

الالتزام الطبيعي والالتزام المدني

٣٨٥ – النصوص القانوني : تنص المادة ١٩٩ من التقنين المدني على ما يأتي:

" ١ – ينفذ الالتزام جبراً على المدين " .

" ٢ – ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر في تنفيذه [(١)] "

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق [(٢)] ، ولكن حكمه كان مطبقاً من غير نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٠، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٢ وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢ [(٣)] . ولم يرد في التقنين المدني العراقي نص مقابل ، ولكن ذلك لا يفيد ضرورة أن القانون المدني العراقي لا يعترف بالالتزام الطبيعي ، ففي المبادئ العامة وفي مبادئ الفقه الإسلامي [(٤)] . ما قد يستعاض به عن النص للاعتراف بالالتزام الطبيعي في هذا القانون [(٥)] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٧٤ والفقرة الأولى من المادة ٢٧٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " م ٢٧٤ – يجبر المدين على تنفيذ التزامه . م ٢٧٥ فقرة أولى – ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً ، فإن المدين لا ينفذه إلا باختياره " . وفي لجنة المراجعة أدمج النصان في نص واحد، هو المادة ٢٠٥ من المشروع النهائي ، على الوجه الآتي : " ١ – ينفذ الالتزام جبرا على المدين . ٢ – ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر في تنفيذه " . ووافق مجلس النواب على النص كما هو، ثم وافق مجلس الشيوخ تحت رقم ١٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٦ – ص ٤٩٧) .

(٢) أنظر مع ذلك المادة ٢٠٨/١٤٧ من التقنين المدني السابق ، وسيأتي ذكرها .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٠ : (مطابقة لنص المادة ١٩٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٠٢ : (مطابقة لنص المادة ١٩٩ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢ : الموجب المدني هو الذي يستطيع الدائن أن يوجب تنفيذه على المديون ، والموجب الطبيعي هو واجب قانوني لا يمكن تطلب تنفيذه ، على أن تنفيذه الاختياري يكون له من الشأن والمفاعيل ما يكون لتنفيذ الموجب المدني .

(٤) ومبادئ الفقه الإسلامي مصدر من مصادر القانون المدني العراقي (أنظر المادة الأولى من التقنين المدني العراقي) .

(٥) وقد بحث الدكتور حسن على الذنون في كتابه " أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي " بغداد سنة ١٩٥٤ (ص ١١٧ – ص ١٢٤) موضوع الالتزام الطبيعي على النحو المعروف في كتب الفقه الغربي ، =

٣٨٦ – مكان الالتزام الطبيعي وتمييزه عن الالتزام المدني : ويتبين من النص المتقدم أن التقنين المدني الجديد ، وهو في مستهل الكلام في آثار الالتزام ، عمد إلى إبراز التمييز ما بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني ، فالأول لا جبر في تنفيذه [١] ، أما الثاني فيجبر المدين فيه على التنفيذ . وهذا التمييز يرجع إلى أثر الالتزام من حيث جواز إجبار المدين على تنفيذ التزامه ، ومن ثم استطاع التقنين الجديد أن يجد مكاناً صالحاً للالتزام الطبيعي يبين فيه حالاته ويبسط أحكامه .

ولم يذكر التقنين المدني السابق الالتزام الطبيعي إلا عرضاً ، وفي موطن ليس مظنة لوجوده فيه . فهو يشير إليه في مناسبة دفع غير المستحق، ويقول في المادة ٢٠٨/١٤٧ : " إنما من أعطى باختياره شيئاً لآخر ، وفاء لدين يعتقد ملزوميته به ولو لم يوجبه القانون، لا يكون له استرداده " . وقد قصد بالدين الذي لا يوجبه القانون ولكن المدين يعتقد ملزوميته به الالتزام الطبيعي ، وبين حكم الوفاء بهذا الالتزام .

وكذلك فعل التقنين المدني الفرنسي ، فقد ذكر الالتزام الطبيعي استطراداً في المادة ١٢٣٥ في صدر الكلام في الوفاء (paiement) على الوجه الآتي : " ١ — كل وفاء يفترض وجود دين ، وما دفع دون استحقاق يجوز استرداده . ٢ — على أنه لا يجوز الاسترداد في الالتزامات الطبيعية إذا كان الوفاء بها قد تم اختياراً " [٢] .

وقل في التقنينات ، حتى الحديثة منها ، ما يعرض للالتزام الطبيعي في أكثر من نص أو نصين [٣] .

أما التقنين المدني الجديد فقد أولى الالتزام الطبيعي ، في مناسبة التمييز بينه وبين الالتزام المدني ، شيئاً من العناية، فعرض في نصوص أربعة إلى بيان حالاته وبسط أحكامه [٤] .

– ولم يبين مبلغ جواز الأخذ في القانون المدني العراقي بالأحكام التي بسطها في ذلك ، بعد أن أغفل التقنين المدني العراقي الإشارة إلى الالتزام الطبيعي .

(١) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧ .

(٢) وهذا هو الأصل في نصه الفرنسي :

Art. 1235 : Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition. La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles *qui ont été volontairement acquittées.*

(٣) انظر التقنين المدني الألماني المادة ٨١٤ — وتقنين الالتزامات السويسري م ٧٢ فقرة ٢ — والتقنين الأرجنتيني م ٥١٦ — ٥١٨ ، والتقنين الشيلي م ١٤٧٠ و ١٤٧٢ و ١٦٣٠ . وكذلك فصل تقنين الموجبات والعقود اللبناني أحكام الالتزام الطبيعي في المواد من ٢ إلى ٨ .

(٤) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " اختص المشروع الالتزامات الطبيعية بمواد أربع . ويراعى أن هذه الالتزامات تمتاز عن غيرها ، بوجه خاص ، بما يكون لها من آثار

وبدأ ، كما قدمنا ، بالتمييز بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني ، فقابل فيما بينهما من ناحية الجبر على التنفيذ [١] . ونحن نتابعه في ذلك ، ونتناول بالكلام من هذه الناحية الالتزام الطبيعي ثم الالتزام المدني .

§ الالتزام الطبيعي *

(Obligation naturelle)

٣٨٧ – الالتزام الطبيعي وسط في المرتبة بين الالتزام المدني والواجب الأدبي : الالتزام الطبيعي واجب أدبي يدخل في منطقة القانون ، فيعترف به القانون إلى مدى معين . وهذا المدى الذي يقف عنده القانون في الاعتراف بالالتزام الطبيعي هو التنفيذ الاختياري : لا يجبر المدين في الالتزام الطبيعي على التنفيذ القهري ، ولكن التنفيذ

– قسمة الالتزام الطبيعي هي اجتماع مكنة ترتيب الأثر القانوني وفكرة انتفاء الجزاء ، ولهذا كان الباب المعقود لآثار الالتزام خير موضع لأحكامها . ومهما يكن من أمر هذا الوضع ، فليس شك في أنه يفضل وضعها في التقنين الحالي (السابق) ، حيث أجملت كل الإجمال ، في معرض القواعد الخاصة بدفع غير المستحق : أنظر المادة ٢٠٨/١٤٧ من التقنين المصري (السابق) . وإذا كان من غير الميسور بيان صور الالتزام الطبيعي على سبيل الحصر ، فليس ثمة بد من أن يترك أمرها لتقدير القضاء ، ليقرر في أي الأحوال وبأي الشروط يعتبر الواجب الأدبي واجباً يعترف به القانون . وليس يحد من سلطان القضاء في هذا الشأن إلا وجوب مراعاة النظام العام والآداب ، فلا يجوز له إقرار الالتزام الطبيعي بأي حال متى كان مخالفاً لهما : أنظر المادة ٢٠٦ فقرة ٢ من المشروع . ويختلف عن ذلك شأن ما يترتب على الالتزام الطبيعي من آثار ، فمن الميسور تحديدها تحديداً تقريبياً ، ولا سيما أنها جد قليلة . ومن المأثور أن الالتزام الطبيعي في القانون الحديث يفترض عن صوره عند الرومان بأنه أكثر صوراً في نطاق التطبيق ، وأقل إنتاجاً في نطاق الآثار ، وهو بهذا يعوض في ناحية ما يفوته في الناحية الأخرى . وتنحصر هذه الآثار في أمر لا أكثر : أولهما أن أداء اليمين اختياراً لما يجب عليه بمقتضى التزام طبيعي يكون له حكم الوفاء ولا يعتبر تبرعاً : المادة ٢٠٧ من المشروع . والثاني أن هذا الالتزام يصلح سبباً لالتزام مدني . وفيما عدا هذين الأثرين لا يرتب الالتزام الطبيعي أي أثر آخر ، فلا يجوز على وجه الخصوص أن يقاص في التزام مدني أو أن يكفل كفالة شخصية أو عينية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٥ — ص ٤٩٦) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٧) .

* مراجع : بنكاز ملحق بودري جزء خامس — ديموج جزء أول — ريبير في القاعدة الخلقية فقرة ١٨٦ وما بعدها — بلانيول (مقال في المجلة الانتقادية سنة ١٩١٣) — بيرو (Perreau) (مقال له في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩١٣) — بارو (Barraud) رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ . أيونسكو (Ionesco) رسالة من باريس سنة ١٩١٢ — سيفير (Sieffert) رسالة من باريس سنة ١٩١٥ — برو (Barreau) رسالة من كان سنة ١٩١٥ — سافاتييه (Savatier) رسالة من بواتييه سنة ١٩١٦ — سندريه (Cendrier) رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ .

الاختياري معتبر . فإذا قام المدين بتنفيذ التزامه طوعاً وهو على بينة من أمره ، أي إذا كان يعلم أن القانون لا يجبره على التنفيذ ولكنه مع ذلك يؤدي إلى الدائن ما يحس أن ضميره يلزمه بأدائه ، فإنه لا يستطيع أن يسترد ما دفعه تنفيذاً لهذا الالتزام الطبيعي ، إذ أن ما دفعه ليس هبة (libéralité) يجوز له الرجوع فيها ، بل هو وفاء (paiement) لالتزام في ذمته . وهذا كله بخلاف الالتزام المدني ، فإن هذا الالتزام لا يقتصر الأمر فيه على أن المدين إذا وفاه لا يستطيع أن يسترده ، بل أيضاً إذا هو لم يوفه أجبر على الوفاء .

وإذا رجعنا إلى ما قدمناه في الجزء الأول من هذا الكتاب [1] من أن الالتزام المدني يشتمل على عنصرين ، عنصر المديونية (devoir, schuld) ، وعنصر المسئولية (engagement, Haftung) ، رأينا أن الالتزام الطبيعي لا يحتوى من هذين العنصرين إلا على العنصر الأول وحده ، وهو عنصر المديونية . فالمدين بالتزام طبيعي مدين ، لا في حكم الضمير فحسب ، بل أيضاً في حكم القانون ، ومن هنا إذا وفى الدين لم يستطع استرداده ، فهذا هو عنصر المديونية قد توافر فيه . ولكن المدين لا يجبر على الوفاء إذا لم يرد ذلك عن بينة واختيار ، فهذا هو عنصر المسئولية قد انفصل عنه .

ونرى من ذلك أن الالتزام الطبيعي هو واجب أدبي ارتفعت منزلته في نظر القانون حتى قارب أن يكون التزاماً مدنيا . فهو وسط ما بين المرتبتين : سما عن أن يكون مجرد التزام أدبي (devoir moral) ، ولم يبلغ أن يصير التزاماً مدنياً (obligation civile) . فهو التزام طبيعي (obligation naturelle) ، يعترف به القانون فيرتفع به عن الواجب الأدبي ، ولا يترتب عليه إلا بعض الآثار فينزل به دون الالتزام المدني .

ومن ثم يقف الالتزام الطبيعي في الحد الفاصل ما بين الأخلاق والقانون . والتسليم بوجوده اعتراف من القانون ببعض الواجبات التي تمليها الأخلاق والآداب . وإذا كان النظام العام باباً تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية فتؤثر في القانون وروابطه ، فهذا هو الالتزام الطبيعي باب آخر تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية إلى القانون . والقاضي هو الذي يحدد الالتزامات الطبيعية ، كما هو الذي يحدد النظام لعام ، مسترشداً في ذلك بآداب الجيل من ناحية المجموع ، وبواجب الضمير من ناحية الفرد . فإذا وقف أمام واجب أدبي لم يبلغ أن يكون التزاماً مدنياً ، ولكنه قدر أنه التزام تحتمه أخلاق البيئة ويقضى به ضمير الفرد ، أقره التزاماً طبيعياً ، ورتب عليه أثره. فلو أن فقيراً أنقذ مثرياً من الغرق ، التزم المثري نحو الفقير : (أولا) بما تجشمه الفقير من خسارة في إنقاذه وذلك بدعوى الفضالة ، وهذا هو التزام مدني — (ثانياً) وبإجازة الفقير على إنقاذه ، وهذا هو

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٩ .

التزام طبيعي — (ثالثاً) وبالاحسان إلى هذا الفقير من حيث هو فقير ، وذلك حتى لو لم يكن هو الذي أنقذه ، وهذا هو اجب أدبي [1] .

ونتكلم الآن في الحالات التي يقوم فيها الالتزام الطبيعي وفي الآثار التي تترتب عليه.

أ — الحالات التي يقوم فيها الالتزام الطبيعي

٣٨٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٠ من التقنين المدني على ما يأتي:

" يقدر القاضي ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعي . وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام " [2] .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن حكمه كان مطبقاً من غير نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٢٠١، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٣ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣ [3] . ولا مقابل للنص في التقنين المدني العراقي .

(١) أنظر في هذا الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٧ — وأنظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٢٧٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: " ويقرر القاضي ، عند عدم النص ، متى يعتبر الواجب الأدبي التزاما طبيعياً . وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام " . وفي لجنة المراجعة جعلت هذه الفقرة مادة مستقلة مع تحوير في اللفظ جعلها مطابقة لما استقرت عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقمها ٢٠٦ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٨ — ص ٤٩٩) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠١ : (مطابقة لنص المادة ٢٠٠ من التقنين المدني المصري) .

التقنين للمدني الليبي م ٢٠٣ : يقدر القاضي ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعي يقوم على أساس واجب أدبي أو اجتماعي . وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام . (ولا فرق في الحكم ما بين هذا النص ونص التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣ : للقاضي ، عند انتفاء النص ، أن يفصل فيما إذا كان الواجب المعنوي يتكون منه موجب طبيعي أو لا . ولا يمكن أن يكون الموجب الطبيعي مخالفاً لقاعدة من قواعد الحق العام (ولا فرق في الحكم ما بين هذا النص ونص التقنين المصري) .

٣٨٩ – سلطة التقدير للقاضي – رقابة محكمة النقض : ويتبين من هذا النص أن البت فيما إذا كان واجب أدبي قد ارتقى إلى منزلة الالتزام الطبيعي أمر متروك تقديره إلى القاضي ، هذا ما لم يوجد نص تشريعي يقضي في حالة معينة أن هناك التزاماً طبيعياً ، فيجب إعمال النص [١] . مثل ذلك ما ورد في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ من أنه " يترتب على التقادم وانقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي " .

والقاضي ، وهو يحدد الالتزامات الطبيعية في الحالات التي تعرض له ، يبت في مسألة قانون يخضع فيها لرقابة محكمة النقض ، ومسألة واقع لا يخضع فيها لهذه الرقابة .

أما مسألة القانون فهي تحديد العناصر التي يتكون منها الالتزام الطبيعي ، وتكييف الوقائع الثابتة عنده تكييفاً قانونياً ، ومطابقة ما يجب توافره من العناصر على ما ثبت عنده من الوقائع مكيفة التكييف القانوني الصحيح . وهو في تحديده لعناصر الالتزام الطبيعي أقرب إلى المشرع منه إلى القاضي ، إذ قد فوض له المشرع أن يقدر ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعي . ويستأنس في عمله بما استقر في القضاء والفقه ، مستمداً تقديره من روح التشريع والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، لا باعتبارها مصادر مباشرة يجب الرجوع إليها عند انعدام النص ، بل باعتبارها المصادر الطبيعية التي يسترشد بها القاضي مع وجود النص الذي يكل إليه أمر التقدير . ومن ثم فلا يرتبط في شأنها بترتيب خاص كما كان يرتبط لو أن هذه كانت هي المصادر المباشرة التي يستخلص منها الحلول القانونية وفقاً للمادة الأولى من التقنين المدني .

أما مسألة الواقع التي يبت فيها القاضي دون تعقيب عليه من محكمة النقض فهي تحصيل الوقائع الثابتة مما يقدم له من الأوراق والمستندات وغير ذلك من الأدلة [٢] .

وننظر الآن كيف يستطيع القاضي أن يحدد العناصر التي يتكون منها الالتزام الطبيعي ، ممهدين لبيان ذلك بالصعود إلى الأصل التاريخي لهذا النوع من الالتزام ، ومستعرضين النظريتين التقليدية والحديثة في هذا الشأن ، ثم معقبين بذكر بعض الحالات المعروفة للالتزام الطبيعي بعد أن نكون قد حددنا العناصر التي يتكون منها .

٣٩٠ – الأصل التاريخي للالتزام الطبيعي : يصعد الالتزام الطبيعي في أصله إلى القانون الروماني . وكان الرومان يعترفون بعدد كبير من الالتزامات الطبيعية ، ويجعلون للالتزام الطبيعي آثاراً بعيدة المدى . أما القانون الحديث فهو يعترف أيضاً بعدد كبير من الالتزامات الطبيعية [١] ، ولكن يترتب على الالتزام الطبيعي آثاراً أقل مما كان يرتبه القانون الروماني [٢] .

والالتزام الطبيعي في القانون الروماني كان نتيجة مباشرة لما يحتويه هذا القانون من أوضاع ورسوم وأشكال ومن نظم خاصة كنظام الرق ونظام السلطة الأبوية . فكان هناك التزام طبيعي حيث يختل الشكل المطلوب ، وحيث توجد علاقة تبعية بين الدائن والمدين بأن يكون هذا أبناً لذاك أو عبداً له ، وحيث يكون المدين ناقص الأهلية . ففي هذه الحالات وغيرها تأبى الأوضاع الرومانية أن يقوم التزام مدني ، فيقوم بدلا منه التزام طبيعي تترتب عليه بعض آثار الالتزام المدني ، وهي آثار ابعد مدى مما يقره القانون الحديث . فكانت فكرة الالتزام الطبيعي من بين الوسائل التي تخفف بها القانون الروماني من الشكلية المغرقة التي كانت تحيط به ، ومن الأبواب التي انفتحت لإدخال بعض عناصر المرونة فيما جمد من قواعد هذا القانون .

وفي القانون الفرنسي القديم توسع القانون الكنسي توسعاً كبيراً في الالتزامات الطبيعية ، فجعلها تمتد إلى كل التزام يوجبه الضمير ، وكادت منطقة الالتزام الطبيعي تكون هي عين منطقة الواجب الأدبي . ولكن دوما (Domat) تلقى فكرة الالتزام الطبيعي من القانون الروماني ، فجعله محصوراً في التزام المدين ناقص الأهلية بعد أن زالت الأشكال والأوضاع الرومانية . أما بوتييه (Pothier) فعلى النقيض من دوما نقل فكرة القانون الكنسي ، وعارض بها فكرة القانون الروماني [٣] . فعنده أن الالتزام الطبيعي هو ما يلتزم به الإنسان أمام الضمير (qui oblige dans le for de la conscience) ، أما الالتزام المدني فهو ما يلتزم به أمام العالم الخارجي (qui oblige dans le for extérieur) . على أن بوتييه كان يميز تمييزاً واضحاً بين الالتزام الطبيعي والواجب الأدبي [٤] .

---

(١) فالقاضي يأتي وراء المشرع في تحديد الالتزامات الطبيعية ، فإذا ما وقف المشرع قام القاضي يحوزه ... جوسران ٢ فقرة ٧١٨) .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٨٤ – قران دي باج ٣ فقرة ٦٢ ص ٧٣ .

(١) وليس هذا العدد بأقل مما كان في القانون الروماني ، بل لعله أكبر . ذلك أنه إذا كان كثير من الالتزامات التي كان القانون الروماني يعتبرها التزامات طبيعية ـ عن طريق اختلال الشكل أو عن طريق النظم الرومانية الخاصة كنظام الرق ونظام السلطة الأبوية ، قد أصبحت الآن التزامات مدنية ، فقد نبتت من جهة أخرى التزامات طبيعية كثيرة استجدت في القانون الحديث عن طريق تسرب العوامل الخلقية والأدبية والاجتماعية إلى منطقة القانون .

(٢) كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٦٠ .

(٣) بوتييه في الالتزامات فقرة ١٩١ .

(٤) بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٥٤ ص ٧٤٣ .

۳۹۱ – النظرية التقليدية في الالتزام الطبيعي – الالتزام المدني المتحلل :

المتحلل : قامت النظرية التقليدية في الالتزام الطبيعي في القانون الحديث على الفكرة الرومانية الضيقة ، لا على فكرة القانون الكنسي الواسعة . فالالتزام الطبيعي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالالتزام المدني ، ويبتعد كثيراً عن الواجب الأدبي . فهو في الأصل التزام مدني عاقه مانع قانوني عن أن يرتب آثاره . وهذا المانع قد يوجد منذ البداية عند نشأة الالتزام ، كأن يكون العقد قابلا للأبطال لنقص الأهلية . وقد يكون المانع جد بعد نشأة الالتزام وبعد أن تولدت آثاره ، كما يقع ذلك في التقادم أو في الصلح مع المفلس (concordat) ، فينقضي الالتزام المدني ويتخلف عنه التزام طبيعي .

وهذه النظرية التقليدية ، كما نرى ، تجعل الالتزام الطبيعي نوعاً من الالتزام المدني، فهو التزام مدني متحلل (obligation civile dégénerée) ، عاقه مانع قانوني عن أن يولد آثاره كاملة .

والذي وجه النظرية التقليدية هذا التوجيه عاملان : (۱) تقاليد القانون الروماني التي سبق ذكرها ، وقد نقلت عن دوما كما أسلفنا القول . (۲) الرغبة في فصل منطقة القانون عن منطقة الآداب والأخلاق ، فلا يكون الالتزام الطبيعي واجباً أدبياً اعترف به القانون ولو إلى مدى محدود ، ولا يكون جسراً يصل ما بين منطقتي القانون والآداب ، بل يكون التزاماً مدنياً منذ الأصل لم يبرح منطقتي القانون والآداب ، بل يكون التزاماً مدنياً منذ الأصل لم يبرح منطقة الالتزامات المدنية ، فتبقى هذه المنطقة منفصلة انفصالا تاماً عن منطقة الآداب والأخلاق . وظن أنصار النظرية التقليدية أن هذا الوضع من شأنه أن يضبط حالات الالتزام الطبيعي ضبطاً دقيقاً ، فلا يكون هناك مجال للتحكم ، مادام الالتزام الطبيعي لا يعدو أن يكون التزاماً مدنياً أصابه هذا التحلل بسبب مانع قانوني .

وعيب هذه النظرية التقليدية واضح . فهي تحاول محاولة فاشلة أن تفصل ما بين منطقتي القانون والآداب فصلا تاما ، فتغفل في سبيل هذا الفصل المميز الأول للالتزام الطبيعي . ذلك أن الالتزام الطبيعي ليس إلا مظهراً لاعتراف القانون بالواجبات الأدبية ، فيرقى بها في بعض الحالات إلى حد أن يرتب عليها أثراً قانونياً ، فيدخلها بذلك في حظيرة القانون . فالالتزام الطبيعي إذن هو واجب أدبي اعترف به القانون ، قبل أن يكون التزاماً مدنياً متحللا . بل قد لا يكون بتاتاً التزاماً مدنياً متحللا ، وينشأ منذ البداية واجباً أدبياً يعترف به القانون ويدخله في منطقته . وهذا ما تكفلت ببيانه النظرية الحديثة ، فننتقل الآن إليها .

۳۹۲ – النظرية الحديثة في الالتزام الطبيعي – الواجب الأدبي :

تركت النظرية الحديثة النظرة الرومانية الضيقة للالتزام الطبيعي باعتباره التزاماً مدنياً متحللا، إلى النظرة الواسعة التي اعتنقها القانون الكنسي وقال بها بوتييه . فاعتبرت الالتزام الطبيعي واجباً أدبياً (devoir moral) ارتقى به القانون ، فاعترف له ببعض الآثار ، سواء كان واجباً أدبياً منذ بدايته ، ونشأ التزاماً مدنياً ثم عاقه مانع قانوني عن أن يولد جميع آثاره .

فلا تلازم إذن بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني كما تزعم النظرية التقليدية . بل إن الالتزام الطبيعي هو الذي يصل ما بين منطقتي القانون والآداب ، إذ هو النقطة المشتركة في المنطقتين ، فهو في منطقة الآداب من حيث هو واجب أدبي ، وهو في منطقة القانون من حيث أنه يولد بعض الآثار القانونية . وما دام في مرتبة وسطى بين الالتزام المدني والواجب الأدبي ، فهو إما أن يكون التزاماً مدنياً نزل عن مرتبته بزوال عنصر المسئولية مع بقاء عنصر المديونية ، وإما أن يكون واجباً أدبياً ارتفع عن مرتبته بقيام عنصر المديونية فيه دون عنصر المسئولية . وفي الحالتين يكون الالتزام الطبيعي مشتملا على عنصر المديونية دون عنصر المسئولية .

ويخلص من ذلك أن النظرية الحديثة تنظر إلى الالتزام الطبيعي باعتبار أنه واجب أدبي تفرضه الأخلاق أولا ، ثم يتدخل فيه القانون بقدر محدود ، فيعترف به مديونية لا مسئولية ، ويسلم فيه بالتنفيذ الاختياري دون التنفيذ الجبري . وهذا الاعتبار يصدق سواء كان الالتزام الطبيعي واجباً أدبياً منذ البداية ، أو نشأ التزاماً مدنياً و لم تترتب آثاره لمانع قانوني فاستحال واجباً أدبياً يرتب عليه القانون بعض الآثار [1] .

---

(۱) وإلى هذه النظرية الحديثة يشير الحكم الآتي من محكمة الاستئناف المختلطة : قصدت المادة ۲۰۸ ، بإحلالها لفظ " الواجب " محل عبارة " الالتزام الطبيعي " الواردة في المادة ۱۲۳٥ من التقنين المدني الفرنسي ، أن تتوسع في فكرة الالتزام الطبيعي ، فتجعلها أكثر اتساقاً مع حالة من الحضارة التزمت مستوى عالياً في فهم قوانين الشرف (honneur) ودقة السلوك (délicatesse) . فيوجد الالتزام الطبيعي في جميع الأحوال التي يلتزم فيها شخص نحو آخر ، مدفوعاً في ذلك ، لا فحسب بوازع من الضمير (conscience) أو بوازع من الشرف (honneur) ، بل أيضاً بوازع من دقة السلوك (délicatesse) (استئناف مختلط ۱۳ ديسمبر سنة ۱۹۲۸ م ٤۱ ص ۱۱۱) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " تعرض الفقرة الثانية من هذه المادة لصور الالتزام الطبيعي ، فتكل أمر الفصل فيها إلى تقدير القاضي، لتعذر الإحاطة بها على سبيل الحصر. والحق أن أحكام القضاء حافلة بضروب من الواجبات الأدبية أنزلت منزلة الالتزامات الطبيعية . على أن الفقه يقسم تطبيقات الالتزام الطبيعي تقسيماً سهل المأخذ ، فيردها إلى طائفتين : تنظم أولاهما ما يكون أثراً تخلف عن التزام مدني تناسخ حكمه ، كما هو شأن الديون التي تسقط بالتقادم أو تنقضي بتصالح المفلس مع دائنيه أو يقضي ببطلانها لعدم توافر الأهلية . ويدخل في الثانية ما ينشأ واجباً أدبياً من الأصل، كالتبرعات –

٣٩٣ – عناصر الالتزام الطبيعي : ويمكن القول ، استخلاصاً من النظرية الحديثة على النحو الذي قدمناه ، ومن الرجوع إلى نص التقنين المدني الذي سبق إيراده، إن للالتزام الطبيعي عناصر ثلاثة :

(العنصر الأول) واجب أدبي يتميز في نطاق محدد بحيث يكون قابلا للتنفيذ . فيخرج بذلك من دائرة الإبهام والغموض التي تغمر عادة منطقة الواجبات الأدبية إلى دائرة التحديد والوضوح التي تميز منطقة الالتزامات المدنية . وهذا الواجب الأدبي إما أن يكون في أصله

– التي لا تستوفي فيها شروط الشكل (الصحيح أن تنفيذ هذه التبرعات إنما هو إجازة لها وليس تنفيذاً لالتزام طبيعي كما سنرى) ، والتزام الشخص بالإنفاق على ذوي القربى ممن لا تلزمه نفقتهم قانوناً ، والالتزام بإجازة شخص على خدمة أداها " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٨ – ص ٤٩٩) .

هذا ويذهب دي باج إلى أن الالتزام الطبيعي لا وجود له . فهو قبل تنفيذه أو الاعتراف به سبباً لالتزام مدني، لا يمكن أن يكون له أثر قانوني ، فليس له وجود . وهو بعد تنفيذه أو الاعتراف به سبباً لالتزام مدني، يكون قد حل محله التزام مدني ، فلم يعد له وجود . فلا يوجد إذن التزام طبيعي بهذا الوصف في أية مرحلة من المرحلتين (دي باج ٣ ص ٦٤ – ص ٦٦) . وهذا النظر يغفل أن من الواجبات الأدبية ما يمكن أن يصبح التزاماً مدنياً بتنفيذه أو بالاعتراف به سبباً لالتزام مدني ، ومنها ما لا يصلح لذلك . فالأول ، دون الثانية ، هي التي تسمى بالالتزامات الطبيعية . والواقع من الأمر أن الالتزام الطبيعي قبل تنفيذه أو الاعتراف به سبباً لالتزام مدني له وجود قانوني محقق ، إذ هو في هذه المرحلة الأولى التزام قابل للتنفيذ الاختياري وقابل لأن يكون سبباً لالتزام مدني ، وهذا كاف في ثبوت وجود القانوني .

ويذهب بودري وبارد (جزء ٢ فقرة ١٦٦٨ وما بعدها) مذهباً ضيقاً في الالتزام الطبيعي ، فيحصره في حالات قليلة هي أقرب إلى النظرية التقليدية .

ويتحفظ بارتان (في تعليقاته على أوبري ورو) ويرى الوقوف موقفاً معتدلا ما بين النظرية التقليدية التي تضيق في حالات الالتزام الطبيعي تضييقاً شديداً والنظرية الحديثة التي توسع في هذه الحالات توسيعاً مفرطاً ، وهو عين الموقف المعتدل الذي وقفه أوبري ورو من هذه المسألة (أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٧ وهامش رقم ٢٦ مكرر) . على أنه يبدو أن أوبري ورو وسعا في حالات الالتزام الطبيعي دون أن يصرحا بوجود التزام طبيعي قائم ، واكتفيا بالقول إن الاسترداد لا يجوز في هذه الحالات ، وأن ما لا يسترد الوفاء به ليس من الضروري أن يكون التزاماً مدنياً أو التزاماً طبيعياً (أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٨ – ص ٢١ وهامش رقم ٢٨) .

أما بلانيول (أنظر مقاله في المجلة الانتقادية سنة ١٩١٣ ص ١٥٧ وما بعدها) فيرى أن هناك تقارباً مستمراً ما بين الالتزام الطبيعي والواجب الأدبي ، فيتوسع في نظرته إلى الالتزام الطبيعي ، وهو من مؤسسي النظرية الحديثة . كذلك يعد كولان وكابيتان (جزء ٢ فقرة ٤٦٧) وريبير (القاعدة الأدبية في الالتزامات المدنية فقرة ١٨٦ وما بعدها) وبلانيول وريبير وبولانجيه (جزء ٢ فقرة ١٣٣٤) وجوسران (جزء ٢ فقرة ٧٢٧) الآن من أقوى أنصار النظرية الحديثة .

ويلاحظ أن قواعد الآداب والأخلاق تتسرب إلى القانون من جملة أبواب : أحدها فكرة النظام العام والآداب ، والثاني فكرة التعسف في استعمال الحق ، والثالث فكرة الالتزام الطبيعي .

التزاماً مدنياً ثم انقلب التزاماً طبيعياً لسبب قانوني منع من أن يترتب عليه كل آثاره ، أو أن يكون منذ البداية واجباً أدبياً أصبح التزاماً طبيعياً لتوفره على العناصر الثلاثة لهذا الالتزام .

وهذا العنصر الأول هو العنصر المادي . وفيه يسترشد القاضي بآداب الجيل من ناحية القابلية للتنفيذ في العمل .

(العنصر الثاني) إحساس المدين أن في ذمته التزاماً طبيعياً . وليس من الضروري أن يكون هذا الإحساس قائماً فعلا عند المدين بالذات ، بل يكفي أن يكون من الواجب أن يقوم ، وأن يدخل في الاعتبار المألوف عند الناس أن مثل هذا الواجب مما ينبغي أمام الضمير أن يؤدى . ونرى من ذلك أن المعيار في العنصر الثاني موضوعي لا ذاتي ، والعبرة فيه ليست بما يحس المدين فعلا ، بل بما ينبغي أن يحس ، بوعي الجماعة أو وعي الفرد المجرد ، لا بوعي المدين بالذات . وفي هذا ضبط للالتزام الطبيعي يستقر عنده التعامل .

وهذا العنصر الثاني هو العنصر المعنوي . وفيه يسترشد القاضي بواجب الضمير من ناحية وعي الجماعة .

(العنصر الثالث) عدم التعارض مع النظام العام . وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٢٠٠ من التقنين المدني في هذا الصدد أنه " في كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام " [1] . ونأتي بأمثلة على ذلك :

(١) إذا اتفق المتعاقدان على سعر للفوائد يزيد على ٧٪ ، ودفع المدين للدائن هذه الفوائد وهو يحس أنه يقوم بتعهده ، فإن ما دفعه من الفوائد زائداً على ٧٪ لا يجوز مع ذلك أن يكون التزاماً طبيعياً ، إذ هو يتعارض مع النظام العام ، ويكون للمدين الحق في استرداد ما دفع من ذلك . وهذا ما قضت به الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ من التقنين المدني إذ تقول في العبارة الأخيرة منها : " فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى ٧٪ ، ويتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر [١] " .

(1) يشترط لاعتبار الدين بعد سقوطه التزاماً طبيعياً أن لا يكون مخالفا للنظام العام ، ولما كان التقادم في المسائل الجنائية يعتبر من النظام العام فإنه إذا تكاملت مدته لا يتخلف عنه أي التزام طبيعي ، وإذن فمتى كان الحكم قد قرر أن دفع الغرامة من المحكوم عليه بعد سقوطها بالتقادم يعتبر بمثابة وفاء لدين طبيعي لا يصح استرداده، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون .
(جلسة ١٩٥٥/٣/٢٤ الطعن رقم ٦ لسنة ٢٢ ق س ٦ ص ٨٦١) .

(١) وهذا هو أيضاً حكم القانون الفرنسي (أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٦ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٥ – كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٤٦٤ ص ٣٣٩) . أما إذا دفع المدين فوائد لا تزيد على السعر الذي يفرضه القانون ، ولكن دون سابق اتفاق على دفع هذه الفوائد ، فإن المادة ١٩٠٦ من التقنين المدني الفرنسي تنص صراحة على أن المدين لا يستطيع أن يسترد ما دفعه من الفوائد، فيكون دفع الفوائد في هذه الحالة وفاء لالتزام طبيعي. أنظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٦٠.

(٢) إذا خسر المدين في مقامرة أو رهان ، ووفى ما خسره محساً أنه إنما يوفى ديناً واجباً في ذمته ، فإن هذه الخسارة لا يجوز أن تكون التزاماً طبيعياً ، إذ أن دين القمار أو الرهان يتعارض مع النظام العام ، وإذا وفاه المدين جاز له استرداده . وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة ٧٣٩ من التقنين المدني إذ تقول : " ولمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره ، ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك . وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق [١] " .

(٣) إذا عقد شخص مع آخر اتفاقاً مخالفاً للنظام العام أو للآداب ، كما لو اتفقا على رشوة ، ودفعها المدين للدائن وهو يحس أنه يقوم بتعهده ، فإن هذا لا يكون التزاماً طبيعياً لتعارضه مع النظام العام. وفي رأينا أنه يجوز للراشي أن يسترد الرشوة من المرتشي . وقد سبق أن فصلنا هذه المسألة في الجزء الأول من هذا الكتاب [٢] .

(١) أما التقنين المدني الفرنسي (م ١٩٦٧) فيقضي ، على النقيض من ذلك ، بأن من خسر في القمار ، ودفع ما خسره عن طواعية واختيار ، لا يستطيع أن يسترد ما دفعه . ويقول الفقهاء الفرنسيون إن هذا النص لا يجعل من القمار التزاماً طبيعياً ، فإن هذا الدين لا يصلح سبباً لالتزام مدني . وإذا كان لا يجوز استرداده بعد دفعه ، فذلك لأن القانون أراد — إشعاراً بمقته للقمار وإمعاناً في كراهيته — أن يتجاهله بتاتاً ، فلا يسمح بدفعه ، ولا يسمح باسترداده إذا دفع ، تطبيقاً للقاعدة المعروفة : لا يجوز لأحد أن يحتج بغش صدر من جانبه (Nemo auditur turpitudimum suam allegans) (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٣٥ — جوسران ٢ فقرة ٧١٤ ص ٣٨٩) . ويعقب بعض الفقهاء على هذا التعليل الغريب بأن المشرع زاد دين القمار قوة من حيث أراد أن يزيده ضعفاً ، فانعكس عليه الغرض (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٦) . قارن مع ذلك أوبري ورو ويعتبران دين القمار مشروعاً في ذاته ، ولكن رفض المشرع أن يجيز تنفيذه جبراً عن طريق الدعوى لأسباب اجتماعية (جزء رابع فقرة ٢٩٧ ص ١٠ — ص ١١) ، ويذهبان إلى أن عدم إمكان تحويل دين القمار إلى دين مدني إنما هو استثناء من قاعدة إمكان تحويل الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني (ص ١٤) . أنظر أيضاً في أن دين القمار التزام طبيعي : كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٦٤ ص ٣٣٨ — ص ٣٣٩ وفي مصر — قبل التقنين المدني الجديد الذي اشتمل على نص صريح في استرداد دين القمار على ما رأينا — كان العمل جارياً في الغالب على حكم القانون الفرنسي الذي قدمناه فكان دين القمار لا يسترد باعتبار أنه من ديون الشرف (dettes d'honneur) (استئناف مختلط ... يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٧٩ — أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٠ — الموسكي ٢٦ فبراير ١٩٣١ مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ١٢٥ ص ١٤) . وقد قضت محكمة المنشية بجواز الاسترداد لعدم المشروعية (١٤ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٧٩٣) . أنظر أيضاً : والتون ١ ص ٢٨ — ص ... — الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٠ ص ٤٦٦ — ص ٤٦٧ .

وفي لبنان " يعد دين القمار أو المراهنة التزاماً طبيعياً ، لأنه وإن كان لا يخول الرابح حق المطالبة ... لكنه لا يجيز للخاسر استرداد ما دفعه اختياراً " (الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون اللبناني ص ٧٥) .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٣٣٨ .

وهذا العنصر الثالث هو عنصر المشروعية . وفيه يسترشد القاضي بالأحكام القانونية المتعلقة بالنظام العام [١] .

٣٩٤ — بعض حالات الالتزام الطبيعي : بعد أن استعرضنا النظريتين التقليدية والحديثة في الالتزام ، وحددنا عناصر هذا الالتزام ، نورد تطبيقاً لما قدمناه جملة من الحالات الكثيرة الوقوع التي يقوم فيها الالتزام الطبيعي .

ونقسم هذه الحالات إلى طائفتين : (١) التزامات بدأت مدنية ثم انقلبت طبيعية ، وهي وحدها الالتزامات الطبيعية التي تقرها النظرية التقليدية . (٢) التزامات بدأت أدبية ثم أصبحت طبيعية ، وهذه الطائفة تضيفها النظرية الحديثة إلى الطائفة الأولى التي تقرها النظرية التقليدية .

٣٩٥ — التزامات بدأت مدنية ثم انقلبت طبيعية : هذه التزامات نشأت في الأصل التزامات مدنية ، وعاقها مانع قانوني عن أن ترتب آثارها كما قدمنا ، فتخلفت عنها التزامات طبيعية [٢] . ومن هذه ما قام المانع القانوني فيه منذ نشأته . ومنها ما نشأ التزاماً مدنياً صحيحاً وولد آثاره ، ثم قام المانع القانوني بعد ذلك ، فانقضى التزاماً مدنياً ليصبح التزاماً طبيعياً .

ومن أمثلة النوع الأول العقد القابل للإبطال لنقص في الأهلية [٣] . فإذا تعاقد القاصر ولم يلحق العقد الإجازة ، كان له أن يطلب إبطال العقد فينقلب التزامه المدني التزاماً طبيعياً،

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص العناصر الثلاثة للالتزام الطبيعي ، ما يأتي: " ويتعين على القاضي عند الفصل في أمر الالتزامات الطبيعية أن يتحقق أولا من قيام واجب أدبي، وأن يتثبت بعد ذلك من أن هذا الواجب يرقى في وعي الفرد أو في وعي الجماعة إلى مرتبة الالتزام الطبيعي ، وأن يستوثق في النهاية من أن إقراره على هذا الوجه لا يتعارض مع النظام العام . هذا وقد تشير بعض النصوص إلى تطبيقات من تطبيقات الالتزام الطبيعي ، ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٢٣ من المشروع إذ قضت بأن الدين الذي ينقضي بالتقادم يتخلف عنه التزام طبيعي" (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٩) .

(٢) ويلاحظ أن هذه الطائفة من الالتزامات تقوم هي أيضاً على اعتبارات أدبية ، ولا تقل في هذه الناحية عن الطائفة الثانية .

(٣) أما العقد القابل للإبطال لعيب من عيوب الإرادة — غلط أو تدليس أو إكراه — فلا يتخلف عن إبطاله التزام طبيعي ، لما لحق الإرادة من انحراف لا يتفق مع فكرة الالتزام الطبيعي (أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٠ هامش رقم ٥) .

إذا أداه عالماً مختاراً لم يستطع أن يسترده [١] . ويذكر عادة ، كمثل آخر للنوع الأول عقد الهبة الباطل لعدم استيفاء الشكل ، فقد نصت المادة ٤٨٩ من التقنين المدني على أنه " إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه " . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أن هذا النص إنما هو تطبيق لالتزام طبيعي تخلف عن الهبة الباطلة [٢] . ولو صح هذا ، لصلح هذا الالتزام الطبيعي الذي تخلف عن الهبة الباطلة سبباً لالتزام مدني ، ولأمكن التحايل على الشكل في الهبة عن طريق كتابتها في ورقة عرفية ثم اتخاذها سبباً لالتزام مدني صحيح في ورقة عرفية أخرى . وهذا ما لا يجوز التسليم به . والصحيح في رأينا أن التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة في الشكل ، سواء من جهة الواهب أو من جهة ورثته ، إنما هو إجازة لعقد الهبة ، إذ البطلان المترتب على عيب في الشكل قد تلحقه الإجازة إذا نص القانون على ذلك [٣] .

---

(١) استئناف أهلي ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٤ الحقوق ٣٠ ص ٣٣١ – أنظر بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ – وقارن دي باج ٣ ص ٧٠ .

وهذا غير التزام القاصر بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته (م ١١٩ مدني) ، فهذا التزام مدني مصدره العمل غير المشروع ، أما الآخر فالتزام طبيعي تخلف عن التزام مدني مصدره العقد .

ويقال عادة إن كفالة ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته (م ٧٧٧ مدني) دليل على أن التزام ناقص الأهلية بعد إبطال العقد قد انقلب التزاماً طبيعياً تكون كفالته صحيحة . والصحيح في رأينا أن الكفالة في هذه الحالة ليست التزاما تبعياً ، بل هي التزام أصلي عقده الكفيل معلقاً على شرط واقف هو أن يتمسك ناقص الأهلية بإبطال العقد ، فيكون الكفيل عندئذ ملزماً بتنفيذ العقد الذي لم ينفذه القاصر . وسنعود إلى هذه المسألة .

(٢) أنظر الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٤٩٩ وجزء ٤ ص ٢٥٢ و ص ٢٥٤ . وأنظر أيضاً محكمة الإسكندرية الكلية ١٣ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٢٤ .

(٣) وهذا ما قررناه في الجزء الأول من الوسيط . وقد جاء فيه ما يأتي : " ..... الشكل من صنع القانون ، وهو الذي يعين له الجزاء الكافي في حالة الإخلال به . فقد يجعل العقد الذي لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا ترد عليه الإجازة ، وقد يسمح بإجازته كما في الهبة الباطلة شكلا (م ٤٨٩ جديد) ، وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل ، وأن يحتج به في فرص دون فرص كما في شركات التضامن والتوصية (الوسيط جزء أول ص ٢٥٥ في الهامش وأنظر أيضاً فقـرة ٣٠١ ص ٤٩٢) . أنظر أيضاً من هذا الرأي الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٥٥ . وقارن : الموجز للمؤلف ص ٤٦٧ هامش رقم ٢ – والتون ١ ص ٢٧ .

وفي التقنين المدني الفرنسي تقصر المادة ١٣٤٠ إمكان التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة في الشكل على ورثة الواهب دون الواهب نفسه ويذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى القول بتخلف التزام طبيعي من الهبة الباطلة في الشكل في جانب ورثة الواهب (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٠ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٨) – قارن بودري وبارد (جزء ٢ فقرة ١٦٧١ – فقرة ١٦٧٢) ، ومن رأيهما أن الهبة تكون باطلة بطلانا مطلقاً لانعدام الشكل ، حتى إذا مات الواهب كانت الهبة ذلقا بالنسبة إلى الورثة قابلة للإبطال ! ويصعب التسليم بأن البطلان المطلق ينقلب إلى بطلان نسبي بموت الواهب .

ومن أمثلة النوع الثاني الالتزام المدني إذا تقادم . فقد نشأ التزاماً مدنياً ، وأنتج جميع آثاره . ثم قام بعد ذلك مانع قانوني من بقائه التزاماً مدنياً ، وهو التقادم الذي تمسك به المدين [١] ، فانقلب التزاماً طبيعياً ، إذا أداه المدين مختاراً لم يستطع استرداده [1] . وقد ورد في هذا الحكم نص تشريعي صريح في التقنين المدني الجديد ، هو الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ ، وتقضي بأنه " يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي " [٢] . ومن أمثلة النوع الثاني أيضاً الالتزام المدني الذي لا يثبت في ذمة مدين وجهت إليه اليمين الحاسمة فحلفها ، فإن الالتزام المدني في هذه الحالة لا يقضى به ولا يجبر المدين على تنفيذه ، ولكن إذا كانت ذمة المدين مشغولة به فعلا بالرغم من حلفه اليمين الحاسمة ، فإنه ينقلب إلى التزام طبيعي ، إذا أداه المدين مختاراً لم يستطع استرداده . وكذلك الحال في الالتزام المدني الذي صدر برفض الدعوى فيه حكم حاز حجية الأمر المقضي ، فإنه إذا كانت ذمة المدين مشغولة به بالرغم من هذا الحكم انقلب التزاماً طبيعياً [٣] . والصلح مع المدين المفلس (concordat) ، الذي يتفق بمقتضاه المدين مع دائنيه على قضاء بعض الديون المدنية في نظير انقضاء الباقي ، يجعل هذا الباقي للذي انقضى بالصلح ينقلب التزاماً طبيعياً ، إذا أداه الدائن مختاراً بعد ذلك لم يستطع استرداده [٤] . ولا حجة في الصلح لإباحة الاسترداد [١] .

---

(١) أما قبل التمسك بالتقادم فالالتزام يبقى مدنياً (أنظر المادة ٣٨٧ مدني – وقارن بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٧) .

(1) الالتزام لا ينقضي بمجرد اكتمال مدة التقادم بل يظل التزاماً مدنياً واجب الوفاء إلى أن يدفع بتقادمه ، فإذا انقضى الالتزام المدني بالتقادم تخلف عنه التزام طبيعي في ذمة المدين ، ولما كان الثابت أن الطاعنين نزلوا عن التقادم بعد أن اكتملت مدته وقبل أن يرفعوا دعواهم التي تمسكوا فيها بانقضاء الدين بالتقادم، فإن مؤدى ذلك أن يبقى الالتزام مدنياً ويلزم الطاعنين بأداء الدين ولا يتخلف عنه التزام طبيعي .

(جلسة ١٩٧٥/٢/١٨ الطعن رقم ٣٤٩ لسنة ٣٩ ق س ٢٦ ص ٤٢٩) .

(٢) استئناف أهلي ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٤ الحقوق ٣٠ ص ٣٣١ – ٩ مارس سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص ٣٣٢ – محكمة مصر الكلية ٢٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٣٤ ص ٨٨٠ – وقارن الأستاذ عبد المنعم البدراوي رسالته في التقادم فقرة ٢٠٨ ص ١٩٩ – ص ٢٠٠ .

(٣) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٧ – ص ٤٩٨ .

(٤) أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٣ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٧ – أما إذا تعهد المفلس أن يدفع الباقي من ديونه إذا تحسنت حالته (s'il revient à meilleure fortune) ، فقد يفسر هذا التعهد بأنه التزام مدني أو بأنه مجرد تقرير للالتزام الطبيعي ، حسبما يتبين من نية المدين ، وتستخلص هذه النية من الظروف والملابسات وعبارة التعهد . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي (أنظر فقرة ٤٠١) . ويشبه بارتان بالمدين المفلس الذي يصطلح مع دائنيه مدنياً تعهد أن يدفع بسعر الذهب أو بسعر عملة أجنبية. فإذا كان هذا التعهد – باعتباره تعهداً مدنياً – باطلا ، ولكن المدين مع ذلك دفع بسعر الذهب –

٣٩٦ – التزامات بدأت أدبية ثم أصبحت طبيعية :

وهذه التزامات بدأت واجبات أدبية ثم ارتفعت منزلتها فأصبحت التزامات طبيعية ، على النقيض من الطائفة الأولى التي وصلت إلى مرتبة الالتزامات المدنية وانحدرت بعد ذلك إلى مرتبة الالتزامات الطبيعية [٢] .

ومن الأمثلة على هذه الطائفة الثانية من الالتزامات التزام شخصي بتعويض شخص آخر عن الضرر غير المباشر الذي ألحقه به من جراء خطأ ارتكبه ، أما التزامه بالتعويض عن الضرر المباشر هذا التزام مدني مصدره العمل غير المشروع . كذلك الالتزام بالتعويض عن إغواء غير مصحوب بالغش أو عن معاشرة غير شرعية بعد انتهاء هذه المعاشرة يكون التزاماً طبيعياً . أما إذا صحب الإغواء غش فالالتزام بالتعويض يصبح التزاماً مدنياً . وإذا لم يكن الغرض من الالتزام التعويض عن المعاشرة بعد انتهائها ، بل الإغراء على المعاشرة ، فإن الالتزام لا يكون التزاماً طبيعياً ، بل يكون التزاماً مخالفاً للآداب لا يتخلف عن بطلانه التزام طبيعي .

ومن الأمثلة على هذه الطائفة الثانية أيضاً التزام شخص بإجازة شخص آخر على خدمة أداها له (donnation rémunératrice) إذا لم يكن هناك التزام مدني بالإجازة ، وذلك كإجازة خادم أخلص في الخدمة أو وكيل أحسن أداء الوكالة أو طبيب أنقذ حياة المريض [٣] . فإن هذا الالتزام يبدأ واجباً أدبياً ، ولكن وجوب الاعتراف بالجميل في هذه الظروف الخاصة يرقى به إلى مرتبة الالتزام الطبيعي [٤] . كذلك إذا أثرى شخص على

= أو بسعر العملة الأجنبية المتفق عليها ، فإنه لا يستطيع أن يسترد ما دفعه زائداً عن سعر العملة الورقية ذات السعر الإلزامي ، لأنه إنما وفى التزاماً طبيعياً (أوبري ورور ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٢ هامش رقم ١٣) . ولا يتفق هذا الرأي ، إذا اعتبرنا شرط الذهب باطلا لمخالفته للنظام العام ، مع المبدأ الذي قدمناه من أن الالتزام الطبيعي لا يجوز أن يقوم مخالفاً للنظام العام .

(١) أما إذا كان الالتزام المدني لا يجوز إثباته إلا بالكتابة ، ولم توجد كتابة للإثبات ، ولم يصدر حكم حاز حجية الأمر المقضي برفض الدعوى بهذا الالتزام ، فإنه يبقى التزاماً مدنياً ولا ينقلب التزاماً طبيعياً ، لكنه يكون التزاماً غير ثابت، ويجوز أن يثبت بعد ذلك بالإقرار أو باليمين . وإذا دفعه المدين لم يستطع استرداده، لا لأنه يدفع التزاماً طبيعياً لا يسترد ، بل لأنه يدفع التزاماً مدنياً أقر به بمقتضى دفعه إياه . ومن ثم يكون الدفع صحيحاً ، ولا يجوز الاسترداد ، حتى لو كان المدين وهو يدفع الدين يعتقد عن غلط أن إثباته يجوز أن يكون بالبينة وألا مناص من دفعه (قارن الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام فقرة ٦٦٤) .

(٢) بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٦٦ وما بعدها .

(٣) أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١١ .

(٤) قارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٠ : ويشترطان أن تكون الخدمة مما يمكن تقديره بمال وألا تكون الإجازة أكبر بكثير من الأجر المعتاد على مثل هذه الخدمة .

حساب غيره دون أن تتوافر شروط دعوى الإثراء ، لم يكن هناك التزام مدني برد قيمة الإثراء لعدم توافر الشروط ، ولكن يقوم التزام طبيعي بهذا الرد مبني على فكرة العدالة .

ومن الأمثلة على هذه الطائفة الثانية أخيراً التزام شخص بالنفقة على أقارب لا تلزمه النفقة عليهم قانوناً ، فإن الالتزام هنا يبدأ واجباً أدبياً ، ولكن واجب التضامن بين أفراد الأسرة في هذه الحالة الخاصة يرتفع به إلى مرتبة الالتزام الطبيعي [١] . كذلك التزام الأب بتجهيز ابنته أو بتقديم المعونة لابنه لتنظيم عمل يرتزق منه يكون التزاماً طبيعياً في ذمة الأب، بسبب توثق أواصر العلاقة الأبوية فيما بين الأب وأولاده [٢] .

٣٩٧ – تأصيل لحالات الالتزام الطبيعي – الالتزام الطبيعي يتاخم الالتزام المدني :

ونظرة إلى ما قدمناه من حالات الالتزام الطبيعي تدل على أن هذا الالتزام مكانه في دائرة القانون أوسع مما يظن لأول وهلة . بل إن الالتزام الطبيعي يتاخم الالتزام المدني ، ويتعقبه خطوة بخطوة . وقد علمنا أن مصادر الالتزام المدني هي العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . وها نحن نرى أن الالتزام الطبيعي يساير الالتزام المدني في هذه المصادر .

فالالتزام الطبيعي الذي بدأ التزاماً مدنياً ثم انقلب التزاماً طبيعياً يكون مصدره في العادة العقد ، فهو يتاخم الالتزام المدني العقدي . وقد لحقت العقد علة قانونية لا ترجع إلى الرضاء في ذاته الذي هو قوام العقد ، بل ترجع إلى مقتضيات الصنعة القانونية ، فمنعت العقد من توليد آثاره المدنية ، ولكن لم تمنعه من توليد آثاره الطبيعية لأن الرضاء سليم غير مشوب بعيب . ومن ثم نرى أن العقد القابل للإبطال بسبب نقص الأهلية ، والالتزام الذي سقط بالتقادم ، أو اعترضته يمين حاسمة ، أو حكم حاز حجية الأمر المقضي ، كل هذه حالات يقوم فيها الالتزام الطبيعي ، لأن المانع القانوني الذي حال دون توليد الآثار المدنية ترجع إلى الصنعة القانونية لا إلى طبائع الأشياء ، فلم ينعدم الالتزام بتاتاً ، بل انقلب التزاماً طبيعيا على النحو الذي قدمناه [٣] .

---

(١) قارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٦٩

(٢) أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١١ – الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٠ – قارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٦٨ ص ٧٦٥ وفقرة ١٦٦٩ مكررة – والتون ١ ص ٣٣ – ص ٣٤ .

ويعد التزاماً طبيعياً التزام المطلق بالنفقة على مطلقته بعد أن عاش معها مدة طويلة ، ثم طلقها في وقت لا تستطيع فيه أن تبدأ حياة جديدة ودون أن تكون هناك أسباب خطيرة تدعو إلى الطلاق (استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١١) .

(٣) وهذا صحيح فيما إذا كان الالتزام مصدره العقد . أما إذا كان له مصدر آخر ، فيبقى التزاماً طبيعياً ، دون أن يرجع ذلك إلى الرضاء ، بل إلى سبق وجود التزام مدني عاقه مانع – يرجع إلى الصنعة القانونية لا إلى طبائع الأشياء – من أن يولد آثاره كالتزام مدني .

والالتزام الطبيعي بتعويض الضرر غير المباشر ، أو بالتعويض عن الإغواء غير المصحوب بالغش ، أو بالتعويض عن المعاشرة غير المشروعة ، مصدره العمل غير المشروع فهو يتاخم الالتزام المدني التقصيري . وقد منع هذا الالتزام أن يكون التزاماً مدنياً فقد شرط من الشروط التي ترجع إلى الصنعة القانونية لا إلى طبائع الأشياء ، فقد نقص الالتزام شرط أن يكون الضرر مباشراً ، أو شرط أن يكون هناك خطأ بالمعنى الذي عرفناه في المسئولية التقصيرية إذ أن الإغواء غير المصحوب بالغش أو مجرد المعاشرة غير المشروعة لا يعتبر خطأ تقصيريا وأن اعتبر خطأ أدبياً يقوم على أساسه التزام طبيعي .

والالتزام الطبيعي بإجازة خدمة أديت أو برد إثراء على حساب الغير يتاخم الالتزام المدني المتولد من الإثراء بلا سبب . وقد منع هذا الالتزام أن يكون التزاماً مدنياً فقد شرط من شروط قاعدة الإثراء بلا سبب يرجع إلى الصنعة القانونية . أما الشروط التي ترجع إلى طبائع الأشياء – وتتلخص في أن شخصاً أثرى على حساب غيره – فمتوافرة ، ومن ثم قام الالتزام الطبيعي .

والالتزام الطبيعي بالنفقة على الأقارب أو بتجهيز البنت أو بتقديم المعونة للابن مصدره القانون ، فهو يتاخم الالتزام المدني الذي يتولد مباشرة من القانون . وقد رأينا ، عند الكلام في القانون كمصدر مباشر للالتزام ، أن هناك التزامات إيجابية ترجع إلى التضامن الاجتماعي ، أبرزها القانون دون أن يرسم لها قاعدة عامة ، فجعلها بنص منه التزامات مدنية [1] . فإذا لم يبلغ الواجب الأدبي هذه الدرجة العليا من الوضوح والتحديد والقابلية للانضباط ، فإن القانون لا يصل به إلى مرتبة الالتزام المدني . ولكنه مع ذلك يرقى به إلى مرتبة الالتزام الطبيعي ، على أن تتوافر له العناصر الثلاثة : قدر من التحديد والانضباط وهو العنصر المادي ، وإحساس بالقوة الملزمة وهذا هو العنصر المعنوي ، وانتفاء التعارض مع النظام العام وهذا هو عنصر المشروعية [2] .

فالالتزام الطبيعي إذن هو توأم الالتزام المدني ، يسير إلى جانبه ، ولكنه يسير على هامش القانون كظل للالتزام المدني . وإذا كان الالتزام المدني هو وليد الصنعة القانونية ، فإن الالتزام الطبيعي هو بمثابة رد الفعل لهذه الصنعة . ذلك بأن للصنعة القانونية مقتضيات لا

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٩٠٥ .

(٢) وعندما يجاوز القانون المنطقة السلبية إلى المنطقة الإيجابية – يجاوز النهي عن الإضرار بالغير والإثراء على حساب الغير إلى الأمر بالتعاون والتضامن والمساعدة (أنظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٩٠٤ – فقرة ٩٠٥) – يكون تدخله في المنطقة الإيجابية في أناة وحذر ، ويسبق الالتزام الطبيعي الالتزام المدني ، فهو طليعته يتحسس له الطريق ، ثم يعبده .

تتواءم في كثير من الحالات مع طبائع الأشياء . فحيث تقوم هذه المقتضيات متعارضة مع طبائع الأشياء ، فإن الالتزام المدني لا يقوم خضوعاً لمقتضيات الصنعة ، ويقوم الالتزام الطبيعي مطاوعة لطبائع الأشياء .

ب – الآثار التي تترتب على الالتزام الطبيعي

٣٩٨ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٠١ من التقنين المدني على ما يأتي:

" لا يسترد المدين ما أداه باختياره ، قاصداً أن يوفي التزاماً طبيعياً " .

وتنص المادة ٢٠٢ على ما يأتي :

" الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لالتزام مدني " [1] .

وتقابل المادة ٢٠١ من التقنين المدني الجديد المادة ٢٠٨/١٤٧ من التقنين المدني السابق [1] . أما المادة ٢٠٢ فلا مقابل لها في التقنين السابق، ولكن الحكم كان معمولا به .

(١) تاريخ النص : م ٢٠١ – ورد هذا النص في المادة ٢٧٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " لا يسترد المدين ما أداه باختياره وفاء لالتزام طبيعي " . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً جعله أدق في الدلالة على المعنى ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢٠٧ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٠ – ص ٥٠١) .

م ٢٠٢ : ورد هذا النص في المادة ٢٧٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " يصبح الالتزام الطبيعي ، إذا اعترف المدين به ، سبباً لالتزام مدني " . وفي لجنة المراجعة حور النص على الوجه الآتي : " الالتزام الطبيعي إذا اعترف المدين به يصلح سبباً لالتزام مدني " ، وأصبح رقم المادة ٢٠٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على هذا النص . وفي لجنة مجلس الشيوخ أثارت عبارة " إذا اعترف المدين به" شبهة ، فقد يظن أن المقصود منها أن مجرد الاعتراف بالالتزام الطبيعي ينقله إلى التزام مدني . فذكر في دفع هذه الشبهة أن هذه المادة قد حسمت خلافاً قائماً بين الفقهاء . فالبعض يقول إن الاعتراف بالالتزام الطبيعي يعتبر تجديداً له ، وهذا القول مردود بأن التجديد يكون في هذه الحالة قائماً على غير سبب . والبعض الآخر يقول إن الاعتراف بالالتزام الطبيعي يصلح أن يكون سبباً للالتزام المدني . وقد أخذ المشروع بهذا الرأي الأخير ، فالمقصود من النص هو أن الاعتراف بالالتزام الطبيعي يصلح أن يكون سبباً لالتزام مدني، لا أن يكون سبباً لتحويل الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني . وبعد مناقشة استقر رأي اللجنة على حذف عبارة " إذا اعترف المدين به " دفعا للشبهات ، وعلى أن يثبت في المحضر أن مجرد الاعتراف لا يصلح أن يكون وحده سبباً كافياً لتحويل الالتزام من طبيعي إلى مدني . وبذلك أصبح نص المادة على الوجه الذي استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقمها ٢٠٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ – ص ٥٠٥) .

ويقابل النصان في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢٠٢ — ٢٠٣ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٠٤ — ٢٠٥ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٤ و ٦ و ٨ [٢] . ولا مقابل لهما في التقنين المدني العراقي .

٣٩٩ — المبدأ العام : قدمنا أن الالتزام إذا كان طبيعياً لم يجبر المدين على تنفيذه ، لانتفاء عنصر المسئولية من الالتزام . ولكن لما كان عنصر المديونية موجوداً كما قدمنا ، فكل عمل احتياري يقوم به المدين ، قاصداً به الوفاء في الحال أو في المستقبل بالالتزام الطبيعي ، يكون عملا معتبراً ولا يجوز الرجوع فيه .

ويترتب على هذا المبدأ العام ما يأتي :

(أولا) الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي يجوز ، ويعتبر وفاء لا يجوز استرداده ، لا تبرعاً يجوز الرجوع فيه ، وهذا هو الوفاء بالالتزام الطبيعي في الحال .

(ثانياً) الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لإنشاء التزام مدني . وهذا هو الوفاء بالالتزام الطبيعي في الاستقبال ، عن طريق تحويله إلى التزام مدني .

---

(١) م ٢٠٨/١٤٧ من التقنين المدني السابق : " إنما من أعطى باختياره شيئاً لآخر ، وفاء لدَين يعتقد ملزوميته له ولو لم يوجبه القانون ، لا يكون له استرداده " . وهذا النص يتفق في الحكم مع نص التقنين الجديد . ولم يستحدث هذا التقنين حكماً جديداً في موضوع الالتزام الطبيعي ، ولكنه جعل النصوص أكثر جلاء ووضوحاً مما كانت عليه في التقنين السابق .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٢ — ٢٠٣ : (مطابقتان للمادتين ٢٠١ — ٢٠٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٠٤ — ٢٠٥ : (مطابقتان للمادتين ٢٠١ — ٢٠٢ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤ : إن ما يفعله المرء عن علم لتنفيذ موجب طبيعي لا يصح استرداده ولا يعد تبرعاً ، بل يكون له شأن الإيفاء — م ٦ : الاعتراف بموجب طبيعي ، ولو صريحاً ، لا يكون من شأنه أن يحوله إلى موجب مدني . ومثل هذا التحويل لا يمكن أن ينشأ إلا عن تجديد (novation) التعاقد — م ٨ : إن العهود المقطوعة لضمان تنفيذ موجب طبيعي (les engagements pris pour assurer l'exécution d'une obligation naturelle) تخضع من حيث الشكل والأساس لأحكام العقود ذات العوض . (وهذه النصوص لا تختلف في جملة أحكامها عن نظائرها في التقنين المصري . انظر الدكتور صبحي المحمصاني في أحكام الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٧٦ — إلا أن التصوير الفني في التقنين اللبناني لتحويل الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني هو طريق التجديد (novation) ، وهذا التصوير هو الذي كان سائداً ، ثم عدل عنه إلى التصوير الذي أخذ به التقنين المصري الجديد وهو جعل الالتزام الطبيعي سبباً لإنشاء التزام مدني . ثم إن التقنين المدني اللبناني في المادة ٨ منه أكد فكرة أن الوفاء بالالتزام الطبيعي أو الاعتراف به بمقتضى عهد مقطوع لضمان تنفيذه لا يعد تبرعاً ، ومن ثم لا يخضع من حيث الشكل والموضوع لأحكام التبرعات ، بل يخضع لأحكام المعاوضات) .

(ثالثاً) لا يجوز أن يقاس الالتزام الطبيعي بدين آخر ، لأن المقاصة ضرب من الوفاء الجبري ، فإذا أجزنا المقاصة في الالتزام الطبيعي كان هذا إجباراً للمدين على الوفاء بطريق غير مباشر .

(رابعاً) كذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي ، وإلا كان في هذا تنفيذ جبري للالتزام الطبيعي عن طريق تنفيذه على الكفيل [١] .

ونفصل الآن ما أجملناه :

٤٠٠ — الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي جائز : يشترط في الوفاء بالالتزام الطبيعي ، كما قدمنا ، أن يكون الوفاء عن بينة واختيار ، فلا يجوز إجبار المدين على الوفاء ولو عن طريق القضاء . والوفاء يكون عن بينة إذا لم يشبه غلط أو تدليس ، وعن اختيار إذا لم يشبه إكراه . فإذا اعتقد المدين خطأ ، وهو يؤدي التزاماً طبيعياً ، أنه مجبر على الوفاء لأن التزامه مدني ، أو ظن أن الالتزام الطبيعي يجوز الجبر على تنفيذه ، سواء كان خطأه هذا نتيجة غلط وقع فيه أو تدليس جاز عليه ، كان له أن يسترد ما وفاه بدعوى استرداد غير المستحق . كذلك إذا أكره المدين في الالتزام الطبيعي على الوفاء به ، جاز له الاسترداد [٢] .

---

(١) وقد قدمنا عند الكلام في الدفع بعدم تنفيذ العقد أنه لا يجوز للمدين أن يدفع بعدم تنفيذ التزام طبيعي بمتنع عن تنفيذ التزام مدني ، وإلا كان في هذا تنفيذ جبري للالتزام الطبيعي بطريق غير مباشر (الوسيط جزء أول فقرة ٥٠٤) . وسنرى أن هذا يصدق أيضاً في الحق في الحبس الذي يعتبر الدفع بعدم تنفيذ العقد صورة من صوره (بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٨٢ — عكس ذلك هيك ٧ فقرة ١٦٩ ص ٢٣٦ — ص ٢٣٧ . وقد تأثر هيك بالقانون الروماني ، ولكنه غفل عن أن هذا القانون كان يجيز أيضاً المقاصة فلا تعارض فيه . أما القانون الحديث فلا يجيز المقاصة لأنها وفاء إجباري ، ووجب أيضاً لنفس السبب ألا يجيز الحبس) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " ويشترط لصحة هذا الوفاء أن يقوم به المدين من تلقاء نفسه دون إجبار ، وأن يكون حاصلا عن بينة منه أي وهو يدرك أنه يستجيب لمقتضى التزام طبيعي لا يكفل له القانون جزاء " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٠) . وقد كان هذا هو أيضاً حكم التقنين المدني السابق : (استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٨٨٠ بوريللي م ٢٠٨ رقم ١ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٤٦ — ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ — استئناف مصر ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤١٢ ص ٨٩٨ — دي هلتس (Exécution - paiement) فقرة ١٥٧ .

وكان القانون الروماني لا يجيز استرداد ما دفع وفاء لالتزام طبيعي حتى لو كان المدين اعتقد وقت الوفاء أن التزامه مدني . وفي هذا الحكم — وغيره من الأحكام كما سنرى — يبين أن القانون الروماني كان يرتب على الالتزام الطبيعي آثاراً أبعد مدى مما يرتب القانون الحديث . وسار القانون الإيطالي وكذلك المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٦٦) على هذا النهج ، فاكتفيا بأن يكون الدفع تلقائياً (spontané) ، فيجوز =

ولا يكفي أن يكون الوفاء عن بينة واختيار ، بل يجب أيضاً أن يكون المدين قا
أن يوفى التزاماً طبيعياً (م ٢٠١ مدني) . وقد قدمنا ، عند الكلام في قيام الالتزام الطبيعي
أن هذا الالتزام يجب أن يرتفع في وعي الجماعة إلى هذه المنزلة . وهنا ، ونحن نتكلم في تن
الالتزام الطبيعي ، يشترط أن يقع في وعي المدين بالذات أنه ينفذ التزاماً طبيعياً . وهذا
الذي يجمع في الالتزام الطبيعي بين وعي الجماعة ومعياره موضوعي ، وبين وعي المد
بالذات ومعياره ذاتي : الأول مطلوب لقيام الالتزام الطبيعي ، والثاني مطلوب لتنفيذه [1] .

فإذا نفذ المدين الالتزام الطبيعي عن بينة واختيار قاصداً أن يوفى بالتزام طبيعي ، ك
هذا التنفيذ وفاء (*paiement*) لا تبرعاً (*libralité*) كما سبق القول [2] . ويترتب عا
ذلك النتائج الآتية :

(١) لا يشترط في الوفاء بالالتزام الطبيعي شكل خاص ، كما يشترط ذلك عا
في الهبات [3] .

(٢) لا يجوز للمدين ، كما قدمنا ، أن يسترد ما وفاه . ولو كان الوفاء هبة لج
الاسترداد حيث يجوز الرجوع في الهبة . ولما كان الوفاء بالالتزام الطبيعي لا يقلبه إلى التز
مدني ، فإنه يترتب على ذلك أن المدين إذا وفى بالتزامه الطبيعي وفاء جزئياً لم يستطع أ

– الاسترداد إذا كان الوفاء نتيجة تدليس أو إكراه لأن الوفاء لا يكون في هاتين الحالتين تلقائياً ، ولا يجو
الاسترداد إذا كان الوفاء نتيجة غلط لأن الغلط لا يمنع من تلقائية الوفاء (كولان وكابيتان ودموراندير
فقرة ٤٦٨ ص ٣٤٢ – وفي هذا المعنى الأستاذ عبد السلام ذهني فقرة ٣٧٩) .

ولكن الرأي الراجح في الفقه – وهو الرأي الذي سار عليه التقنين المصري – هو أن يكون وفاء الالتز
الطبيعي عن بينة واختيار ، فلا يشوبه غلط أو تدليس أو إكراه . ويبسط الأستاذان بودري وبارد هذا الرأ
في العبارات الآتية : " وعلى ذلك لا يكفي في عدم جواز الاسترداد أن يكون الوفاء قد تم عن اختيـ
(librement) بل ولا أن يكون قد تم تلقائياً (spontanément) ، وإنما يستوجب القانون أن يكو
الوفاء قد تم عن علم (sciemment) ، أي عن بينة من الأمر " (بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٤) .

Ainsi, pour que le paiement échappe à la répétition, il ne suffit pas
u'il ait eu lieu librement, ni même spontanément, la loi veut qu'il ait été
ait sciemment, c'est à dire en connaissance de cause.

هذا ويخضع الوفاء بالالتزام الطبيعي في إثباته للقواعد العامة في الإثبات (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقر
٩٩٣ ص ٢٣٢ – ص ٢٣٣) .

(١) الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٥٩ ص ٢٣٠ – ص ٢٣١ .

(٢) ونرى من ذلك أن الالتزام الطبيعي إنما يتأكد وجوده وقت انقضائه (أنظر في هذا المعنى جوسران ٢ فقر
٧١٩) .

(٣) وقد نص تقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٨) على ذلك صراحة كما سبق القول .

يسترد الجزء الذي وفاه ، ولكن لا يستطيع الدائن أن يجبره على الوفاء بالباقي [1] . ويترتب
على ذلك أيضاً أن ما دفعه المدين وفاء لالتزامه الطبيعي لو استحق للغير لا يضمنه المدين .

(٣) لا يشترط في الوفاء بالتزام طبيعي أهلية التبرع . ولو كان الوفاء هبة لاشترطت
هذه الأهلية .

(٤) إذا وفى المريض مرض الموت بالتزام طبيعي ، لم يعتبر هذا الوفاء مقصوداً به
التبرع في حكم المادة ٩١٦ من التقنين المدني ، فلا تسري عليه أحكام الوصية . إلا أنه
يلاحظ أن هناك قرينة قانونية تقضي بأن كل تصرف صدر في مرض الموت يعتبر صادراً
على سبيل التبرع (م ٩١٦ فقرة ٣) ، ومن ثم يفرض في هذا الوفاء أنه تبرع حتى يثبت
الدائن أنه وفاء لا التزام طبيعي .

(٥) أما فيما بين المدين الذي وفى بالالتزام الطبيعي ودائنيه بدين مدني ، فقد ذهب
كثير إلى أن الوفاء بالالتزام الطبيعي يبقى وفاء لا تبرعاً ، فلو طعن دائن في هذا الوفاء
بالدعوى البوليصية كان عليه أن يثبت غش المدين الذي وفى بالالتزام الطبيعي وغش الدائن
الذي استوفى هذا الالتزام ، كما هو الشأن في الدعوى البوليصية بالنسبة إلى المعاوضات [2] .
وقد كنا ممن يذهب إلى هذا الرأي في عهد التقنين السابق [3] . ولكن التقنين الجديد ، وقد
عد الوفاء بدين مدني مؤجل في حكم التبرع بالنسبة إلى الدعوى البوليصية (أنظر المادة ٢٤٢
فقرة ثانية) ، لا شك في أنه يجعل من باب أولى هذا الحكم للوفاء بالتزام طبيعي . فالمدين
المعسر ، إذا وفى بالتزام طبيعي كان في استطاعته ألا يوفى به يجعل لدائنيه وجهاً للاعتراض
على هذا التصرف ، ويكون من حقهم أن يعتبروا هذا الوفاء تبرعاً لا معاوضة ، فيكون غير
نافذ بالنسبة إليهم حتى لو كان كل من المدين الذي وفى بالالتزام الطبيعي والدائن الذي
تلقى هذا الوفاء حسن النية [4] . ويغلب أن يتحقق ذلك عملاً في تجهيز الأب المعسر لابنته ،

---

(١) هيك ٨ فقرة ٥ – ديمولو ٢٧ فقرة ٤٩ – أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٥ – بودري وبارد ٢ فقرة
١٦٧٤ مكررة – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٢ ص ٣٢٩ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص
٥٠٣ هامش رقم ١ .

(٢) أنظر في هذا المعنى بحرو ص ١٠٧ ، الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام فقرة ٦٦٦ ص ٤٩٩
– المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٥٠١ .

(٣) أنظر الموجز فقرة ٤٦٢ ص ٤٦٨ هامش رقم ٢ .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٢ ص ٣٢٨ – ص ٣٢٩ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٩٢ – كولان
وكابيتان ودموراندير ٢ فقرة ٤٦٨ ص ٣٤٣ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٦١ .

فإن التجهيز التزام طبيعي إذا وفى به المدين المعسر جاز لدائنيه الطعن بالدعوى البوليصية في هذا الوفاء باعتباره تبرعاً لا معاوضة [1] .

٤٠١ – الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لإنشاء التزام مدني :

وكما يجوز الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي ، يجوز كذلك الوعد بالوفاء به (promesse d'exécution) ، مادام هذا الوعد قد صدر عن بينة واختيار . فإذا كان المدين في التزام طبيعي ، بدلا من أن يفي بهذا الالتزام وفاء فعلياً ، وعد أن يفي به ، فإن هذا الوعد يصبح ملزماً له [2] . ويكون الالتزام في هذه الحالة التزاماً مدنياً يجبر المدين على الوفاء به. فكأن المدين قد وفى الالتزام الطبيعي بالتزام مدني [3] .

ويجب أيضاً – كما في الوفاء الاختياري – أن يكون المدين قد قصد أن يلتزم بالوفاء التزاماً مدنياً [4] ، فلا يكفي مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي في ذمته [1] . ذلك أن

(١) وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي هذه النتائج ، التي تترتب على أن الوفاء بالالتزام الطبيعي إنما هو وفاء لا تبرع ، على الوجه الآتي . " فإذا تحقق هذا الشرط (حصول الوفاء عن بينة واختيار) كان لأداء المدين حكم الوفاء لا حكم التبرع . ويتفرع على ذلك نتائج أربع : أولها امتناع المطالبة برد ما دفع ، فهو لم يؤد وفاء لدين غير مستحق أو تبرعا يجوز الرجوع فيه ، وإنما أدى وفاء لما هو واجب دون أن تحدو نية لمتبرع عليه . والثانية عدم اشتراط شكل خاص للوفاء بالالتزام الطبيعي ، على خلاف التبرعات فيغلب فيها اشتراط ذلك . والثالثة الاكتفاء في تنفيذ الالتزام الطبيعي بأهلية الوفاء بوجه عام ، دون اشتراط أهلية التبرع . والرابعة اعتبار أداء المدين وفاء لا تبرعاً ، وبوجه خاص فيما يتعلق بتطبيق أحكام الدعوى البوليصية (وقد خففنا هذا الرأي فيما قدمناه) وتصرفات المريض مرض الموت " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٠ – ص ٥٠١) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من عاشر امرأة معاشرة الأزواج التزم التزاماً طبيعياً بالنفقة عليها هي وولدها منه ، وينقلب هذا الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني إذا هو أرسل إليها النفقة مرات عدة وتعهد تعهداً صريحاً في مكاتباته بالاستمرار على ذلك (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٩) . وكذلك يتحول الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني إذا كان المخدوم قد تعهد خادمه القديم بعد أصبح عاجزاً بالعون والمساعدة ، ثم تعهد بعد ذلك بأن يدفع له مبلغاً معيناً (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٨) . أنظر أيضاً : استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٦٢ – ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧ – ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٧ – ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣٤ .

(٣) قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٣ ص ٢٣١ .

(٤) استئناف مختلط ٢٥ يونية سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٩٨ – ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١١ – أنظر أيضاً في الالتزام نحو أشخاص يعتبرهم الملتزم أبناءه الطبيعيين : استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩١ ، وفي التزام رب العمل نحو عامل مدة تجنيده : استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧ – ولكن لا يعتد بالتزام الشخص نحو بنت زوجته إذا كان قد آواها في منزله ، ثم خرجت إلى كنف أحد أقاربها ، فلا يعتبر ملتزماً بالنفقة عليها (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٧٥) . وإذا صرفت شركة لأرملة موظف فيها ، مات ضحية حادث من حوادث العمل ، ولأولاده القصر نفقة –

اعتراف المدين بوجود التزام طبيعي لا يدل ضرورة على قصد الوفاء به ، ذلك القصد الذي رأيناه في الوفاء الاختياري – كما هو هنا في الوعد بالوفاء – يجمع إلى وعي الجماعة بالالتزام الطبيعي وعي المدين ذاته بهذا الالتزام . وقد قدمنا أن وعي الجماعة ضروري في قيام الالتزام الطبيعي ، ووعي المدين بالذات ضروري في تنفيذه . ووجوب أن يقصد المدين الوفاء بالالتزام الطبيعي مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة محكمة النقض ، أما استخلاص هذا القصد من وقائع الدعوى فمسألة واقع لا تخضع لهذه الرقابة [2] . وعلى ذلك إذا عقد المفلس صلحاً (concordat) مع دائنيه ، ووفاهم جزءاً من الديون ، ووعدهم في الوقت ذاته بوفاء الباقي إذا إنصلحت حالته (s'il revient à meilleure fortune) ، ترك لقاضي الموضوع أن يستخلص نية المدين من وقائع الدعوى : هل قصد المدين بهذا الوعد أن يلتزم مدنياً بوفاء الباقي من ديونه فيكون هناك التزام مدني في ذمته معلق على شرط واقف هو إنصلاح حاله ويكون الصلح ذاته معلقاً أيضاً على شرط فاسخ هو الوفاء بهذا الالتزام المدني، أم قصد مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي في ذمته هو الوفاء بباقي ديونه متى تمكن من ذلك وفي هذه الحالة لا يجبر على الوفاء ويبقى الصلح قائماً حتى لو لم يوف بالباقي من ديونه مع قدرته على الوفاء [3] ؟ فإذا قام شك على قصد المدين بالوعد أن يلتزم مدنياً أم قصد مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي ، فالشك يفسر في مصلحته ، ويكون قد قصد مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي [4] .

= شهرية مدة طويلة ، لم يتحول هذا الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني (استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٩١) .

(١) ومن أجل ذلك حذفت لجنة مجلس الشيوخ عبارة " إذا اعترف المدين به " التي كانت واردة في المشروع النهائي للتقنين الجديد حتى لا يكون مجرد الاعتراف بالالتزام الطبيعي كافيا لتحويله إلى التزام مدني (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند إيراد تاريخ نص المادة ٢٠٢ : أنظر فقرة ٣٩٨ في الهامش) .

(٢) الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٥٩ ص ٢٣٠ – ص ٢٣١ .

(٣) قارن استئناف مختلط ١٢ يونية سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠٨ – وقد يستخلص المدين من عبارة التعهد (دي باج ٣ ص ٦٣) ، ومن تفسير نية الدائنين أنفسهم وهل كانوا لا يعقدون الصلح لولا هذا التعهد فيكون التزاماً مدنياً (استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣٩ – ومع ذلك أنظر في أن التعهد يبقى التزاماً طبيعياً إذا أكره المفلس وقت الصلح على أن يوقع كمبيالة لصالح دائن ليحمله على إقرار الصلح : محكمة إسكندرية الوطنية ١٩ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٣٣ ص ٢٤٨) .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٣ ص ٢٣١ – ص ٢٣٢ – بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٣ مكررة – كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٤٦٩ – تالير موجز القانون التجاري طبعة ثامنة فقرة ٢٠٩٧ .

وقد اختلف الرأي في التكييف القانوني للوعد بالوفاء . ذهب رأي قديم إلى أن هذا الوعد يعتبر تجديداً (novation) للالتزام الطبيعي . فيكون المدين والدائن قد اتفقا على استبدال دين مدين بالدين الطبيعي ، فيصبح الالتزام الطبيعي التزاماً مدنياً عن طريق التجديد بتغيير الدين (novation par changement de dette) [1] وعيب هذا الرأي أنه يتعارض مع قواعد التجديد المعروفة ، إذ التجديد يفترض تعديلا في الالتزام الأصلي ، إما بتغيير محل الدين أو بتغيير سببه أو بتغيير أوصافه أو بتغيير الدائن أو بتغيير المدين . والوعد بوفاء التزام طبيعي لا يتضمن تغييراً في شيء من ذلك ، بل هو يقلب الالتزام ذاته — محلا وسببا وأوصافا وأطرافا — من التزام طبيعي إلى التزام مدني . ومن ثم اختار التقنين المدني الجديد الرأي الحديث في الفقه ، واعتبر الوعد بوفاء التزام طبيعي إنشاء لالتزام مدني سببه هو الالتزام الطبيعي ذاته . وبذلك يكون من آثار الالتزام الطبيعي أنه يصلح سبباً (cause) لإنشاء التزام مدني [2] . فإذا وعد المدين في التزام طبيعي دائنه بوفاء الالتزام ، كان هذا الوعد ملزماً للمدين [3] ، وأجبر هذا على تنفيذ التزامه إذ يصبح التزاماً مدنياً توافرت فيه كل أركانه من رضاء ومحل وسبب .

(١) أنظر في جواز أن يكون الالتزام الطبيعي محلا للتجديد : أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٤ — بودري وبارد ٢ — فقرة ١٦٧٨ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٢ — ص ٥٠٣ — جوسران ٢ فقرة ٩١٦ — والتون ١ ص ٣٦ — ص ٣٨ — وأنظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مصر ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤١٢ ص ٨٩٨ — استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٧ — ٢٢ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٥١ . ومن ثم نرى أن القضاء المصري ، في عهد التقنين السابق ، كان يسير على هذا الرأي . وأنظر أيضاً المادة ٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، وهي تصرح بأن تحويل الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني لا يمكن أن ينشأ إلا عن تجديد التعاقد .

(٢) كولان وكابيتان وموراندبير ٢ فقرة ٤٦٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٣٧ — دي باج ٣ فقرة ٦٣ — وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وقد انقسم الفقه بشأن ماهية هذا الاعتراف ، فلم يكن بد من أن يقطع المشروع برأي في هذا الخلاف . والحق أن الاعتراف لا ينطوي على تجديد ينقلب من جرائه الالتزام الطبيعي التزاما مدنيا ، بل هو إنشاء لالتزام مدني يقوم الالتزام الطبيعي منه مقام السبب " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٣) .

(٣) والرأي الراجح في الفقه أن هذا الوعد يتم بإرادة المدين منفردة دون حاجة إلى قبول الدائن ، ومن ثم يجوز لدائني هذا الدائن أن يوقعوا حجزاً تحت يد المدين بمجرد أن يصدر منه الوعد دون انتظار لقبول الدائن (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٤ — دي باج ٣ فقرة ٤٣) .

ولما كان الوعد بوفاء التزام طبيعي ، كالوفاء الاختياري بهذا الالتزام ، لا يعتبر تبرعاً ، فهو لا يخضع لأحكام التبرع ، بل لأحكام المعاوضات ، من حيث الشكل ومن حيث الموضوع ، شأنه في ذلك شأن الوفاء الاختياري فيما قدمناه [1] .

٤٠٢ — لا يقاص التزام طبيعي في التزام مدني :

تقتصر آثار الالتزام الطبيعي على جواز الوفاء الاختياري به وعلى جواز الوعد بالوفاء ، وذلك على النحو الذي قدمناه . ففي هاتين الصورتين لم يجبر المدين على الوفاء بالالتزام الطبيعي ، بل أداه مختاراً وهو على بينة من أمره .

أما إجبار المدين على الوفاء فلا يجوز في الالتزام الطبيعي ، ولو كان ذلك بطريق غير مباشر . ولما كانت المقاصة القانونية تتضمن وفاء إجبارياً للدين ، لأن المدين يجد نفسه بمقتضى هذه المقاصة قد أدى ما عليه من الدين بما ثبت له من حق في ذمة دائنه دون أن يكون مختاراً في ذلك ، فإن المدين في التزام طبيعي إذا كان له في الوقت ذاته حق مدني في ذمة دائنه ، فحقه هذا لا ينقضي بالمقاصة القانونية في مقابلة التزامه الطبيعي ، وإلا كان في هذا إجبار له على الوفاء بالتزامه الطبيعي ، وهذا لا يجوز [2] .

على أن قواعد المقاصة القانونية ذاتها تقضي بذلك ، فمن شروطها أن يتساوى الدينان المتقاصان قوة وضعفاً ، فلا يقاص التزام طبيعي في التزام مدني [3] . ولكن يجوز بداهة أن يتمسك الدائن ، إذا كان الحق الذي له حقاً مدنياً ، بالمقاصة بين حقه هذا والتزام طبيعي في ذمته لمدينه ، إذ هو في هذه الصورة إنما يوفي بالتزامه الطبيعي اختياراً لا إجباراً [4] .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٥٠٣ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٢ — ومن ثم لا يشترط شكل خاص في الوعد بالوفاء كما يشترط ذلك في الهبة . كذلك لا تطلب أهلية التبرع ، ويكتفي بأهلية التصرف (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٢ هامش رقم ٣) . ويجبر المدين قضاء ، بعد صدور الوعد بالوفاء ، على تنفيذ هذا الوعد . وإذا صدر الوعد في مرض الموت لا يعتبر تبرعاً إذا أثبت الدائن أنه وعد قصد به الوفاء بالتزام طبيعي . أما بالنسبة إلى الدعوى البوليصية ، فيعتبر الوعد بالوفاء تبرعاً ، شأنه في ذلك شأن الوفاء الاختياري .

(٢) وقد كان القانون الروماني يجيز المقاصة ما بين التزام طبيعي والتزام مدني . وهنا أيضاً نرى هذا القانون يتوسع في آثار الالتزام الطبيعي ، كما فعل عندما منع استرداد الوفاء بالتزام طبيعي ولو كان الوفاء عن غلط.

(٣) أما المقاصة القضائية — وهي وفاء اختياري — فتجوز بين التزام طبيعي والتزام مدني (بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٨١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٧) .

(٤) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١ — وهل تجوز المقاصة القانونية بين التزامين طبيعيين ؟ لا نرى جواز ذلك ، لأن المقاصة القانونية لا تزال تتضمن هنا وفاء إجبارياً ، وقد يكون أحد المدينين أو كلاهما لا يريد الوفاء مختاراً بالتزامه الطبيعي للآخر . ويترتب على ذلك النتيجتان الآتيتان : (أولا) إذا لم يوف أي من المدينين بالتزامه الطبيعي مختاراً لم يجبر =

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يتضمن نصاً صريحاً في عدم جواز مقاصة الالتزام الطبيعي بالتزام مدني . فكانت الفقرة الأولى من المادة ٢٧٨ من هذا المشروع تنص على أنه " لا يقاص التزام طبيعي في التزام مدني [١] " . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة " لإمكان استخلاص حكمها من النصوص الواردة في المقاصة [٢] " .

٤٠٣ — لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي : كذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي إذا كان يقصد بالكفالة أن يترتب في ذمة الكفيل التزام مدني يضمن الدين الطبيعي المكفول [٣] . ذلك أن الكفالة على هذا النحو تفتح سبيلا لإجبار المدين على الوفاء بالتزامه الطبيعي عن طريق غير مباشر ، إذ يجبر الدائن الكفيل على الوفاء ، ثم يرجع الكفيل على المدين الأصلي ، فيكون المدين بالتزام طبيعي قد أجبر في النهاية عن طريق غير مباشر على الوفاء بالتزامه ، وهذا لا يجوز [٤] .

= على ذلك ، ولا يختلف هذا الوضع عن الوضع الذي تقع فيه المقاصة إلا في أن حالة المقاصة تسقط الدينين أما في الوضع الأول فيبقى الدينان قائمين وإن كان لا يجبر أحد من المدينين على الوفاء به . (ثانياً) إذا وفى أحد المدينين للآخر بالتزامه الطبيعي مختاراً ولم يرد الآخر أن يوفي هو أيضاً بالتزامه الطبيعي نحو الأول ، لم يستطع الأول أن يسترد ما وفاه بدعوى أنه وفى بالتزام طبيعي سقط بالمقاصة .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " لا يجوز أن يقاص التزام طبيعي في التزام مدني ، لأن المقاصة ضرب من ضروب الوفاء القهري . بيد أن للدائن أن يتمسك بوقوع مقاصة بين دينه المدني ودين طبيعي يلزمه أداؤه ، إذ القصاص في هذه الصورة يكون بمنزلة الوفاء اختياراً " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١ .

(٣) وكما لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة شخصية ، كذلك لا تجوز كفالة هذا الالتزام كفالة عينية ، ولا يجوز ترتيب رهن رسمي أو رهن حيازي لضمانه ، وذلك لنفس الأسباب التي لا تجوز من أجلها الكفالة الشخصية (هيك ٧ فقرة ٢٣٦ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٦ الموجز للمؤلف ص ٤٦٩ هامش رقم ١ — قارن جيللوار في الكفالة فقرة ٥٤ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٣ — ص ٥٠٤) .

(٤) لوران ١٧ فقرة ٢٨ — أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٥ — جوسران ٢ فقرة ٧١٥ — قارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٦ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٣ — ص ٥٠٤ ، وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بجواز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة يترتب بموجبها في ذمة الكفيل التزام مدني (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٢) .
وقد كان القانون الروماني ، هنا أيضاً ، يجيز كفالة الالتزام الطبيعي بالتزام مدني . وهذا وجه ثالث لتوسع القانون الروماني في آثار الالتزام الطبيعي ، وقد رأينا الوجهين الأولين في منع الاسترداد ولو كان الوفاء عن غلط وفي مقاصة الالتزام الطبيعي بالتزام مدني .

أما الشبهة التي تقوم في شأن كفالة ناقص الأهلية فمعدمة . ذلك أن المادة ٧٧٧ من التقنين المدني نصت على أن " من كفل التزام ناقص الأهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول " . فهذا النص قد أجاز أن يلتزم شخص بتنفيذ التزام ناقص الأهلية إذا تمسك هذا بنقص أهليته . وليست هذه كفالة تبعية بالمعنى المألوف ، بل هي التزام أصلي أخذه على نفسه من تسمى بالكفيل ، وعلقه على شرط واقف هو أن يتمسك ناقص الأهلية بنقص أهليته ليتخلص من تنفيذ التزامه [١] .

على أنه يجوز أن يكفل الكفيل التزاماً طبيعياً وتكون كفالته تبعية لا التزاماً أصلياً ، ولكن التزام الكفيل في هذه الحالة يكون هو أيضاً التزاماً طبيعياً كالالتزام المكفول ، إذ لا يجوز أن تكون الكفالة بشروط أشد من شروط الدين المكفول (م ٧٨٠ مدني) . ويتحقق هذا الفرض فيما إذا كفل الكفيل ناقص الأهلية دون أن يكون عالماً بنقص أهليته ، فعند ذلك يجوز للكفيل أن يتمسك بالدفوع التي يتمسك بها المدين الأصلي (م ٧٨٢ فقرة أولى مدني) ، ومنها الدفع بنقص الأهلية [٢] ، فينقلب كل من التزام المكفول ناقص الأهلية والتزام الكفيل التزاماً طبيعياً . ولا يجبر أحد منهما على الوفاء بالتزامه ، لكن إذا وفاه مختاراً لم يجز له استرداده . فإن كان الذي وفى التزامه مختاراً هو المكفول ناقص الأهلية فقد قضى التزامه والتزام الكفيل معاً ، لأن التزام الكفيل الطبيعي تبع لالتزام المكفول . وإن كان الذي وفى التزامه مختاراً هو الكفيل ، فقد قضى التزامه هو ولا يستطيع أن يسترده ، كما لا يستطيع الرجوع على المكفول ناقص الأهلية بما وفى ، لأن التزام المكفول التزام طبيعي كما قدمنا لا يجبر على وفائه ولو بطريق غير مباشر [٣] .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٥ في الهامش .

(٢) وقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٧٨٢ من التقنين المدني بأنه " إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته ، وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد ، فليس له أن يحتج بهذا الوجه " . ويستخلص ، بطريق العكس ، من هذا النص أن الكفيل إذا لم يكن عالماً بنقص أهلية المدين وقت التعاقد كان له أن يحتج بهذا الوجه . أما إذا كان عالماً بنقص الأهلية — وهذا هو الغرض الذي ورد فيه النص — فإنه يكون عندئذ قد كفل التزام ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته (م ٧٧٧ مدني) ، ويكون التزامه التزاماً أصلياً على النحو الذي قدمناه (قارب بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٣٩ — كولان وكابيتان وموراندبير ٢ فقرة ٤٧٠ — وقارن أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٥) .

(٣) أما إذا انقلب الالتزام الطبيعي التزاماً مدنياً عن طريق الوعد بالوفاء به على النحو الذي قدمناه ، فإنه تجوز كفالته بالتزام مدني ، شأنه في ذلك شأن أي التزام مدني آخر (قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٥ ص ٣٣٥) — ويعد وعداً ضمنياً بوفاء التزام طبيعي أن يقدم المدين بهذا الالتزام كفالة شخصية أو رهناً أو كفالة عينية (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٥ وفقرة ٩٩٦ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٦٠ ص ٢٣٢ — وقارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٥) .

وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً صريحاً في عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي ، هو الفقرة الثانية من المادة ٢٧٨ من هذا المشروع ، إذ كانت تنص على أنه " لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة شخصية أو عينية مادام التزاماً طبيعياً " [١] . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة " لإمكان استخلاص حكمها من النصوص الواردة في الكفالة " [٢] .

§ (٢) – الالتزام المدني
(Obligation civile)

٤٠٤ – التنفيذ جبراً على المدين : بعد أن فرغنا من الكلام في الالتزام الطبيعي ، لم يعد أمامنا إلا أن نواجه الالتزام المدني ، وهذه هي الصورة المألوفة للالتزام . وإذا ذكرنا منذ الآن الالتزام دون تحديد ، فإننا لا نقصد به الالتزام المدني .

ولا يمكن حصر حالات الالتزام ، وإنما يحصر الالتزام بمصادره ، فهي العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون ، وقد تقدم بيانها تفصيلا في الجزء الأول من هذا الكتاب .

والذي يميز الالتزام المدني عن الالتزام الطبيعي هو ، كما قدمنا، أن الالتزام المدني ينفذ جبراً على المدين (م ١٩٩ فقرة أولى مدني) . ذلك أن هذا الالتزام يجتمع فيه ، كما سنرى

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وكذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة عينية أو شخصية – أنظر عكس ذلك المادة ٥٥٢ من التقنين الأرجنتيني – ما بقي [في] نطاق الواجبات الأدبية . ذلك أن الكفالة التزام تابع فلا يجوز ، والحال هذه ، أن تكون أثراً [من آثار] الالتزام الأصيل . ولا وجه للقياس في هذا الشأن على كفالة التزام ناقص الأهلية ، فهذه الكفالة يكون [لها] حكم الصحة باعتبارها التزاماً أصيلا لا تابعاً . وصفوة القول إن كفالة الالتزام الطبيعي لا تصح إلا [إذا] اعترف به وألحق تفريعاً على ذلك بالالتزامات المدنية (م ٢٧٧ من المشروع) . ومما هو جدير بالذكر [أن] القانون الروماني يجيز كفالة الالتزام الطبيعي كما يجيز القصاص فيه ، على خلاف ما هو متبع في [التشريع] الحديث " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١ – هذا ولا يجوز نقل التزام طبيعي من ذمة إلى [ذمة] ولا ينتقل الالتزام الطبيعي من ذمة المورث إلى ذمة الوارث حتى في القانون الفرنسي الذي تنتقل فيه [الديون] بالميراث . وعند القائلين بأن الهبة الباطلة لعيب في الشكل يتخلف عنها التزام طبيعي في ذمة ورثة [الواهب] يكون هذا الالتزام الطبيعي أصيلا في ذمة الورثة فهو قد نشأ ابتداء في ذمتهم ولم ينتقل إليهم من [مورثهم] . أنظر في ذلك : بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٤٠ – وقارن : جوسران ٢ فقرة ٧١٦ ...

[ي]قول ، عنصرا المديونية والمسئولية ، فالمديونية تجيز الوفاء به كما في الالتزام الطبيعي ، [و]المسئولية تجبر على الوفاء به خلافاً للالتزام الطبيعي .

وقد رأينا فيما تقدم أن تنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذاً عينياً ، وإما أن يكون تنفيذاً [م]قابلا عن طريق التعويض . ورأينا أن القاعدة الجوهرية في هذا الموضوع أن أموال المدين [ج]ميعاً تكفل تنفيذ التزاماته .

فنعالج إذن – استعراضاً لآثار الالتزام – هذه الموضوعات الثلاثة في أبواب ثلاثة :

الباب الأول : التنفيذ العيني .

الباب الثاني : التنفيذ بطريق التعويض .

الباب الثالث : القاعدة التي تقضي بأن أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته ، وما يكفل [ح]قوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان .

الباب الأول

التنفيذ العيني

(Execution en nature - Exécution directe)

٤٠٥ – متى يكون التنفيذ العيني وكيف يكون : نبدأ ببيان متى يكون التنفيذ العيني للالتزام ، ثم نذكر كيف يكون هذا التنفيذ .

الفصل الأول

متى يكون التنفيذ العيني

٤٠٦ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٠٣ من التقنين المدني على ما يأتي:

" ١ – يجبر المدين ، بعد أعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، متى كان ذلك ممكناً " .

" ٢ – على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيما [١] " .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . ولكن حكم الفقرة الأولى كان معمولا به دون نص، أما حكم الفقرة الثانية فمستحدث وهو منقول عن التقنين الألماني [٢].

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٧٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الذي استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا بعض تحويرات لفظية طفيفة أزالتها لجنة المراجعة ، وأصبح رقم النص المادة ٢٠٩ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ ذكر أن الفقرة الثانية تتضمن فكرة جديدة هي استثناء من القاعدة العامة في وجوب الوفاء من طريق التنفيذ العيني . وهذا الاستثناء يعرض عند إقامة المالك بناء خلافاً لما يفرضه على التزام سابق أو ارتفاق بعدم البناء ، وهذا أمر كثير الوقوع في مصر . فمن واجب القاضي في هذا المقام عند المطالبة بالتنفيذ العيني أن يوازن بين مصالح ذوي الشأن ، وأن يتفادى تحميل المدين تضحيات جساما درءاً لضرر طفيف . وذكر أيضاً إن إدارة القضاء في كثير من مخالفات التنظيم كانت تطبق هذا الحكم ، وتقضي بعدم تنفيذ حكم المخالفة للمصلحة العامة ، ولا يفهم من هذا أن النص يجيز للقاضي الجنائي الحكم بالغرامة دون الإزالة لأن الإزالة عقوبة ، فنطاق تطبيق النص هو المعاملات المدنية . وقد أزال هذا القول الشبهة التي قامت من أن القاضي الجنائي قد يحكم بالغرامة دون الإزالة بسبب المصلحة العامة . واقترح أن يوصف الإرهاق المذكور في الفقرة الثانية ، فأجيب بأن المراد بالإرهاق العنت الشديد ولا لزوم للوصف لأن الأمر متروك لتقدير القاضي . ثم أعيد الاعتراض على الفقرة الثانية ، فأجيب بأن حكمها مأخوذ مما استقر عليه القضاء فإنه بالرغم من عدم وجود هذا النص قد أخذ به وسار عليه وفي سبيل ذلك خرج على نصوص التشريع ، فالمشروع لم يأت بجديد بل قنن ما سار عليه القضاء . وانتهت اللجنة بالموافقة على المادة وأصبح رقمها ٢٠٣ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٩ – ص ٥١٣) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " الأصل أن للدائن المطالبة بتنفيذ الالتزام عيناً وللمدين عرض القيام بذلك ما بقي هذا التنفيذ ممكناً . ولم يستثن المشروع من هذه القاعدة إلا حالة واحدة ، استمد حكمها من التقنين الألماني ، فإذا لم يكن التنفيذ العيني ميسوراً إلا ببذل نفقات لا تتناسب مع ما ينجم من ضرر من جراء التخلف عن الوفاء عيناً ، اقتصر حق الدائن استثناء على اقتضاء التعويض " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦) .

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى ، في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٤٦ ، وفي التقنين المدني الليبى المادة ٢٠٦ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٤٩ [(١)] .

٤٠٧ – شروط أربعة : ويستخلص من النص المتقدم أن هناك شروطاً أربعة لاقتضاء التنفيذ العيني :

(أولا) أن يكون التنفيذ العيني ممكناً .

(ثانياً) أن يطلبه الدائن أو يتقدم به المدين .

(ثالثاً) ألا يكون فيه إرهاق للمدين، أو يكون فيه إرهاق ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضرراً جسيماً .

(رابعاً) أن يعذر المدين .

٤٠٨ – الشرط الأول – أن يكون التنفيذ العيني ممكناً : فإذا أصبح هذا التنفيذ مستحيلا، سواء رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي أو كانت بخطأ المدين، لم تعد هناك جدوى من المطالبة بالتنفيذ العيني ، ورجع الدائن بالتعويض إذا كانت الاستحالة بخطأ المدين ، أن انقضى الالتزام دون تعويض إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي . مثل ذلك هلاك الشيء محل الالتزام ، أو صيرورة العمل الذي التزم به المدين مستحيلا .

= على أن هذا النص المستحدث ليس في الواقع إلا تقنيناً لما جرى عليه القضاء المصري ، كما سبق القول . ولذلك يكون له ، باعتباره نصاً مفسراً ، أثر رجعي ، فيسرى على الحوادث التي تمت قبل نفاذ التقنين المدني الجديد .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٤ : (مطابقة لنص المادة ٢٠٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٤٦ : (مطابقة لنص المادة ٢٠٣ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أنها لا تنص على الأعذار) .

التقنين المدني الليبي م ٢٠٦ : (مطابقة لنص المادة ٢٠٣ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٤٩ : يجب على قدر المستطاع أن توفى الموجبات عيناً ، إذ أن للدائن حقا مكتسبا في استيفاء موضوع الموجب بالذات . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري ، حتى فيما يتعلق بجواز التعويض إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين مادام نص التقنين اللبناني يتضمن عبارة " على قدر المستطاع " ، ويمكن تفسيرها في شيء من التوسع ، ومع ذلك قارن الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣ – ص ٤) .

ويعتبر التنفيذ العيني غير ممكن إذا كان إجراؤه يقتضي تدخل المدين الشخصي ويأبى المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه ، ويتحقق ذلك على وجه خاص في عمل الرسام والممثل والفنان بوجه عام وفي كل عمل فني كعمل الطبيب وعمل المهندس . فإذا لم يلجأ القاضي إلى طريق التهديد المالي ، أو لجأ إليه ولم ينتج ، لم يبق إلا اعتبار التنفيذ العيني غير ممكن ، ولا مناص إذن من مجاوزته والالتجاء إلى طريق التعويض .

أما في الالتزام بنقل حق عيني (م ٢٠٤ مدني) ، وفي الالتزام بعمل تسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضي فيه مقام التنفيذ كتنفيذ وعد بالبيع (م ٢١٠ مدني) ، فالتنفيذ العيني ممكن بحكم القانون أو بحكم القاضي [(1)] . وفي الالتزام بالامتناع عن عمل ، إذا أخل به المدين وأقدم على العمل ، أصبح التنفيذ العيني مستحيلا ، ولكن التعويض العيني – بإزالة ما وقع مخالفاً للالتزام (م ٢١٢ مدني) – قد يكون ممكناً ، وقد يضاف إليه تعويض نقدي عن الضرر الذي حدث بفعل المدين .

فإمكان التنفيذ العيني يرجع إذن إلى طبيعة الالتزام ومداه والوسائل المادية اللازمة لهذا التنفيذ [(١)] .

وكثيراً ما ترجع الاستحالة إلى ميعاد تنفيذ الالتزام . ذلك أن الالتزام قد لا يكون في تنفيذه جدوى إذا جاوز التنفيذ ميعاداً معيناً ، كممثل تخلف عن التمثيل في الميعاد المحدد ، وكإدارة معرض لم تقدم لأحد العارضين مكاناً للعرض التزمت بتقديمه حتى انقضت أيام العرض . فإذا فات الميعاد الذي يجرى فيه تنفيذ الالتزام ، أصبح التنفيذ العيني غير ممكن حكماً ، ولا مناص إذن من الاقتصار على طلب التعويض . وفي غير الحالة المتقدمة ، قد لا يحدد ميعاد للتنفيذ ، فيستطيع الدائن حينئذ أن يحدد للمدين ميعاداً مناسباً وينذره في الوقت ذاته أن لن يقبل الوفاء إذا جاوز هذا الميعاد ، فيمتنع التنفيذ العيني بعد هذا الميعاد إلا إذا أثبت المدين ألا ضرر منه على الدائن [(٢)] .

---

(1) الغرض من دعوى صحة التعاقد هو إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً عينياً ، فإذا كان هذا التنفيذ قد أصبح غير ممكن لوروده على شيء غير قابل للتعامل فيه ، فإن طلب صحة ونفاذ عقد البيع يكون متعين الرفض .
(جلسة ١٩٦٨/٢/٢١ مجموعة المكتب الفني السنة ١٩ ص ١٣٩٨) .

(١) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٤١ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " بقي بعد ذلك تحديد فكرة إمكان التنفيذ ، فمتى يسوغ القول بأن تنفيذ الالتزام عيناً يدخل في حدود الإمكان ، ولا سيما فيما يتعلق بميعاد التنفيذ ؟ إذا لم يحدد ميعاد للتنفيذ جاز الوفاء عيناً مادامت الظروف تسمح به ، دون أن يخل ذلك بداهة بحق الدائن فيما يجب له من تعويض عن التأخير . ويهيئ التقنين الألماني للدائن وسيلة لقطع الشك =

٤٠٩ – الشرط الثاني – أن يطلب الدائن التنفيذ العيني أو يتقدم به المدين : إذا طلب الدائن التنفيذ العيني ، وكان ممكنا ، فليس للمدين أن يمتنع عن ذلك مقتصراً على التقدم بتعويض ، بل يجبر على التنفيـــذ العيني أي على أداء عين ما التــزم به (in specie, ad rem ipsam) [(١)] . وكذلك إذا تقدم المدين بالتنفيذ العيني – ويكون في هذه الحالة ممكناً بطبيعة الحال – فليس للدائن أن يرفضه ويطلب التعويض مكانه [(1)] ، بل تبرأ ذمة المدين بالتنفيذ العيني الكامل ، رضي به الدائن أو أباه [(٢)] .

– باليقين في مثل هذه الحالة . فيبيح له أن يحدد للمدين ميعاداً مناسباً للوفاء عيناً ، وأن يشفع هذا التحديد بإبلاغه أنه لن يقبل منه وفاءه بعد انقضاء هذا الميعاد (أنظر المادة ٢٥٠ من التقنين الألماني) . وليس ثمة ما يمنع القضاء من العمل بهذا الحكم دون حاجة إلى الاستناد إلى نص تشريعي خاص . أما إذا حدد ميعاد لتنفيذ فالمفروض أن الوفاء العيني يمتنع بعد انقضاء هذا الميعاد ، إلا أن يقيم ذو الشأن الدليل على عكس ذلك " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٠) .

(١) استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٠ – ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٢٩ – ١٧ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٣ – ٥ يونية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٥٨ .

(1) مؤدى النص في المادتين ٢٠٣ و ٢١٥ من القانون المدني – وعلى ما يبين من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد – أن الأصل هو تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ولا يُصار إلى عوض أي التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا استحال التنفيذ العيني ، فإذا لجأ الدائن إلى طلب التعويض وعرض المدين القيام بتنفيذ التزامه عينا – متى كان ذلك ممكناً – فلا يجوز للدائن أن يرفض هذا العرض لأن التعويض ليس التزاماً تخييريا أو التزاماً بدليا بجانب التنفيذ العيني .

(جلسة ١٩٧٩/٦/٢٠ الطعن رقم ٣٦٤ لسنة ٤٦ ق س ٣٠ ص ٧٠٣) .

(جلسة ١٩٨١/٦/٤ الطعن رقم ١٧٠٠ لسنة ٥٠ ق س ٣٢ ص ١٧٢١) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد قرر "أن من حق المستأنفة استرداد منقولاتها فيها أن تستردها وأن تطالب بقيمتها إذا لم توجد ، ولكنها لم تفعل هذا ، بل طلبت من أول الأمر الحكم لها بقيمتها دون أن تثبت ضياعها أو تعذر الحصول عليها ، مع أنه كان ينبغي أن تطلب الحكم لها بتسليمها إليها عينا ، فإذا تعذر ذلك حق لها المطالبة بقيمتها . وهذا لا يمنعها من المطالبة من جديد بهذه المنقولات عيناً إذا شاءت " ، فإن هذا الذي قرره الحكم لا عيب فيه ، ذلك بأن ما جاء بصحيفة دعوى الطاعنة من تكليفها المطعون عليه بتسليمها هذه المنقولات لا يعدو أن يكون إنذاراً منها له بذلك لم يقترن بطلب الحكم بتسليمها عينا (نقض مدني ١٢ يونية سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨٧ ص ١١٨٧) .

وكالتنفيذ العيني التعويض العيني ، وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن التعويض العيني عن الفعل الضار هو الأصل ، ولا يصار إلى عوضه أي التعويض النقدي إلا إذا استحال التعويض عينا . فإذا رفع المضرور دعواه مطالبا بتعويض نقدي ، وعرض عليه المدعى عليه التعويض عيناً – كرد الشيء المغتصب – وجب قبول ما عرضه ، بل لا يكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا هي أعملت موجب هذا العرض ولو لم يطلب المدعي ذلك أو أصر على ما يطلبه من تعويض نقدي . وعلى ذلك فإذا استولت جهة الإدارة على عقار دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية ، فقاضاها المالك مطالباً بقيمة العقار ، وأبدت الإدارة أثناء سير الدعوى استعدادها أن ترد الأرض المغتصبة ، وقضت المحكمة للمدعى بقيمة الأرض دون أن تعتبر باستعداد المدعى عليه للرد ودون أن تنفي استحالة الرد أو جدية الاستعداد له ، فإن حكمها يكون قد خالف القانون (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٢ ص ٦٨٢) .

فإذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني – حتى إذا كان ممكناً – واقتصر على طلب التعويض ، ولم يعرض المدين من جهته أن يقوم بتنفيذ التزامه عيناً ، فإنه يستعاض عن التنفيذ العيني بالتعويض . ويقوم هذا على أساس اتفاق ضمني بين الدائن والمدين ، فما دام الدائن لم يطلب التنفيذ العيني وطلب التعويض فكأنه ارتضى هذا مكان ذلك ، ومادام المدين لم يعرض التنفيذ العيني فكأنه قبل أن يدفع التعويض مكانه ، فيقع الاتفاق بين الجانبين على التعويض عوضاً عن التنفيذ العيني [(١)] .

ونرى من ذلك أن التعويض ليس التزاماً تخييرياً أو التزاماً بدلياً بجانب التنفيذ العيني. فليس للالتزام إلا محل واحد ، هو عين ما التزم به المدين أي التنفيذ العيني . ولا يملك الدائن وحده أو المدين وحده أن يختار التعويض دون التنفيذ العيني [(1)] . فالتعويض إذن ليس بالتزام تخييري . ولا يملك المدين وحده أن يتقدم بالتعويض بدلا من التنفيذ العيني ، فالتعويض إذن ليس بالتزام بدلي [(٢)] . ولكن يجوز أن يستبدل بالتنفيذ العيني التعويض النقدي ، لا بإرادة

(١) هذا وإذا طلب الدائن التعويض ، فله قبل الحكم أن يعدل عنه إلى طلب التنفيذ العيني إذا كان هذا التنفيذ ممكناً ، وكذلك إذا طلب التنفيذ العيني ، فالمقرر أنه طلب ضمناً التعويض إذا تعذر التنفيذ العيني، فإذا قضى له في هذه الحالة بالتعويض فلا يعد هذا قضاء بما لم يطلبه الخصم (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٣ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٣٩ ص ٣١٩) .

(1) أ – النص في المادة ١/٢٠٣ من القانون المدني على أن " يجبر المدين بعد أعذاره على تنفيذ التزامه عينا متى كان ذلك ممكنا ... " وفي المادة ٢١٥ منه على أنه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه " يدل على أن الأصل هو تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً ولا يُصار إلى التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا استحال التنفيذ العيني لخطأ المدين أو كان هذا التنفيذ مرهقاً له دون أن يكون العدول عنه ضارا بالدائن ضرراً جسيماً ، فإذا لجأ الدائن إلى طلب التعويض وعرض المدين القيام بتنفيذ التزامه عيناً – وكان ذلك ممكنا وجادا – انتفى منذ هذا التاريخ موجب التعويض عن عدم التنفيذ سواء قبل الدائن قبل التنفيذ أو لم يقبله وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر في قضائه . إذ البين من الأوراق أن الجهتين المطعون ضدهما عرضتا بمذكرتها المقدمة أن تقوما بتنفيذ التزامهما عينا وهو ما لا يعد طلبا جديداً في الاستئناف وقد خلت الأوراق مما يدل على عدم جدية هذا العرض ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن التنفيذ العيني ممكن وهو ما لا يتغير أثره برفض الطاعن هذا التنفيذ .

(جلسة ١٩٩٠/١/٢٣ الطعن رقم ١٧٨٠ لسنة ٥٣ ق) .

(جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٠ الطعن رقم ٢٦٠ لسنة ٥٣ ق) .

(جلسة ١٩٨٧/٢/١٧ الطعن رقم ٧٢١ لسنة ٥٣ ق) .

(جلسة ١٩٥٢/٦/١٢ الطعن رقم ١٠٢ لسنة ١٩ ق مجموعة الربع قرن جـ ١ ص ٢٥٩ قاعدة ٢) .

ب – تنفيذ الالتزام إما أن يكون عيناً فيقوم المدين بأداء عين ما التزم به أو تنفيذه عن طريق التعويض ، والتعويض قد يكون نقديا أو عينيا بإزالة المخالفة التي وقعت إخلالا بالالتزام .

(جلسة ١٩٧٧/٥/١٠ الطعن رقم ٧٣٤ لسنة ٤٢ ق س ٢٨ ص ١١٥٨) .

(٢) وقد رأينا أن العربون التزام بدلي ، أما الشرط الجزائي – وهو تعويض قدره الطرفان – فليس بالتزام بدلي ولا التزام تخييري ، شأنه في ذلك شأن التعويض (الوسيط جزء أول فقرة ١٤٢ ص ٢٦٤ هامش رقم ١) .

الدائن وحده ، ولا بإرادة المدين وحده ، ولكن باتفاقهما معاً إذا بقى التنفيذ العيني ممكناً أو بحكم القانون إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا بخطأ المدين . وفي هاتين الحالتين لا يكون التعويض النقدي إلا بديلا عن التنفيذ العيني ، فالالتزام هو هو لم يتغير ، وإنما استبدل به محل آخر باتفاق الطرفين أو بحكم القانون (١) . أما إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا بغير خطأ المدين ، فقد انقضى الالتزام، لأن محله أصبح مستحيلا باستحالة التنفيذ العيني ولا محل للتعويض النقدي لانتفاء المسئولية .

٤١٠ – الشرط الثالث – ألا يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين ، أو يكون فيه إرهاق ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضرراً جسيماً : وقد يكون التنفيذ العيني ممكناً ، ومع ذلك يعدل عن المدين بإرادته وجه ويقتصر على دفع تعويض نقدي ، على أن يتوافر لذلك شرطان :

---

(١) ويترتب على ذلك أن الضمانات التي تكفل الالتزام في تنفيذه العيني تبقى لتكفيل التعويض النقدي محل التنفيذ العيني (بودري وبارد ١ فقرة ٤٤١ – بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٨٢١ ص ١٤٤ – ٨٧٣ – دي باج ٣ فقرة ٩٨ – الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي ٣١ – وقارن مازو في المسئولية ١ فقرة ١٠٠ . وأنظر الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٧٩ هامش رقم ١) .

وقد جاء في الموجز لمؤلف في هذا المعنى ما يأتي : " إن محل الالتزام هو التنفيذ العيني لا التعويض يجب أن يطالب به الدائن بصفة أصلية . وهو ما يجب أيضاً أن يعرض المدين على الدائن إذا أراد من الدين . فما دام التنفيذ العيني ممكناً فإن التعويض لا يكون التزاما تخييريا ولا التزاما بدليا التنفيذ العيني مستحيلا ، وأصبح المدين مسئولا عن التعويض ، فليس معنى ذلك أن الالتزام انقضى وحل محله التزام جديد بالتعويض . بل إن التزام المدين واحد لم يتغير ، والذي تغير هو فبعد أن كان تنفيذاً عينياً أصبح تعويضاً ، فتبقى الضمانات التي كانت تكفل التنفيذ العيني (الموجز فقرة ٤٤٢ ص ٤٣٩) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " إذا كان تنفيذ الالتزام حدود الإمكان ، فمن حق الدائن أن يستأديه ، ومن حق المدين أن يعرض القيام به . وليس عن هذا التنفيذ إلى طريق التعويض إلا بتراضي المتعاقدين . ذلك أن التعويض لا ينزل من التزام تخييري أو التزام بدلي . فهو ليس موكولا للتخيير ، لأن رخصة العدول عن الوفاء عيناً غير ثابتة لأي من المتعاقدين ، سواء في ذلك الدائن أو المدين . فمن واجب الأول أن يعرض ومن واجب الثاني قبول هذا الوفاء . وهو ليس بالبديل ، لأن المدين لا يملك عرض العوض الوفاء العيني ممكنا " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٠) .

(أولا) أن يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين . والإرهاق يطوي على معنى العنت الشديد (1) ، ولا يكفي فيه مجرد العسر والكلفة والضيق ، بل يجب أن يكون التنفيذ العيني من شأنه أن يلحق بالمدين خسارة جسيمة فادحة، ويترك التقدير في ذلك للقاضي (١). وشرط الإرهاق هذا تطبيق من تطبيقات نظرية الضرورة ، وقد رأينا تطبيقات مماثلة في عقود الإذعان وفي الظروف الطارئة وفي مواطن أخرى كثيرة (٢) .

(ثانياً) ألا يلحق الدائن من جراء العدول عن التنفيذ العيني إلى التعويض ضرر جسيم . فلا يكفي إذن أن يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين ، بل يجب أيضاً ألا يصاب الدائن بضرر جسيم من جراء عدم التنفيذ العيني والاقتصار على التعويض . والتوازن هنا مطلوب بين المصالح المتعارضة ، مصالح المدين ومصالح الدائن (2) ، فإذا أمكن تفادى إرهاق

---

(1) الأصل تنفيذ الالتزام عيناً فيقوم المدين بأداء عين ما التزم به وإذا كان التنفيذ مرهقا له – دون أن يكون العدول عنه ضارا بالدائن ضرراً جسيماً – حل محله التنفيذ بطريق التعويض عما حق الدائن من ضرر بسبب عدم تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا ، ومن ثم لا يكون له الجمع بين التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض ، إلا أنه إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه عينا ، فإن ذلك الأصل لا يخل بداهة بحق الدائن فيما يجب له من تعويض عما يلحقه من أضرار بسبب هذا التأخير – فضلا عن التنفيذ العيني – إذ لا يكون عندئذ قد جمع بين تنفيذ الالتزام عينا وتنفيذه بطريق التعويض عن فترة التأخير ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر ، فقضي برفض طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت الطاعن من جراء التأخير في التنفيذ العيني تأسيساً على مجرد القول سبق حصوله على قضاء نهائي بهذا التنفيذ ، فإنه يكون قد خالف القانون .
(جلسة ١٩٨٩/٣/٦ الطعن رقم ٣٠٩٢ لسنة ٥٧ ق) .
(جلسة ١٩٨٨/١/٥ الطعن رقم ١٣٩٩ لسنة ٥٤ ق) .

(١) وقد رأينا في تاريخ نص المادة ٢٠٣ (أنظر آنفاً فقرة ٤٠٦ في الهامش) ، وفي المناقشات التي دارت في لجنة مجلس الشيوخ ، أن " المراد بالإرهاق العنت الشديد ، ولا لزوم للوصف لأن الأمر متروك للقاضي " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٢) .

(٢) وفي فرنسا يذهب القضاء إلى جواز الحكم بالتعويض حتى لو كان التنفيذ العيني ممكناً ، إذا تبين من الظروف أن التنفيذ العيني يكون مرهقا للمدين أو للغير وأن الدائن ينال ترضية كافية بالتعويض (نقض فرنسي ٢٥ يوليو سنة ١٩٢٢ سيريه ٢٣ – ١ – ١١١ – أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٣ – وقارن بودري وبارد ١ فقرة ٤٣٨) .

ويمكن إرجاع ذلك إلى نظرية التعسف في استعمال الحق ، فمن حق الدائن أن يطالب بالتنفيذ العيني مادام ممكناً ، ولكنه يكون متعسفاً في هذا الطلب ، فلا يجاب إليه ، إذا تبين من الظروف أن التنفيذ العيني مرهق للمدين أو للغير دون أن تكون هناك فائدة منه تعود على الدائن (الموجز ص ٤٣٩ هامش رقم ١) .

(2) التنفيذ العيني للالتزام هو الأصل والعدول عنه إلى التعويض النقدي هو رخصة لقاضي الموضوع الأخذ بها كلما رأى في التنفيذ العيني إرهاقاً للمدين وعلى ألا يلحق ذلك بالدائن ضرراً جسيماً ، ومتى كانت محكمة الموضوع قد رأت أن قيمة الإصلاحات التي أجراها الطاعن " المستأجر " إذ أنها توازي أجرة العين المؤجرة لمدة تقرب من ثماني سنوات وانتهت إلى قصتها بينهما فلا تثريب عليها .

المدين ، ولو بضرر يسير يصيب الدائن ، جاز أن يحل التعويض النقدي محل التنفيذ العيني. أما إذا كان التنفيذ العيني لا يترتب عليه إرهاق شديد للمدين، أو ترتب عليه هذا الإرهاق ولكن العدول عنه إلى التعويض يلحق بالدائن ضرراً جسيماً ، وجب الرجوع إلى الأصل وهو وجوب التنفيذ العيني دون التعويض ، وذلك حتى ينال الدائن حقه كاملا ، مادام المدين لا يرهق من جراء ذلك ، أو حتى يندفع عن الدائن الضرر الجسيم الذي يصيبه من جراء عدم التنفيذ العيني . وإذا كان لا بد من إرهاق المدين أو تحميل الدائن ضرراً جسيماً ، فالأولى بالرعاية هو الدائن ، لأنه إنما يطالب بحقه في غير تعسف .

ومن التطبيقات الظاهرة لقاعدة التي نحن بصددها ما ورد في المادة ١٠١٨ من التقنين المدني ، وتنص على ما يأتي : " (١) إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقعته ، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات التي فرضت لمصلحتها هذه القيود، هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغيره . (٢) وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة بإصلاحها عيناً ، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك " . فهنا يقضي النص بالاقتصار على التعويض دون التنفيذ العيني - والتنفيذ العيني هو هدم البناء [١] - إذا رأى القاضي ما يبرر ذلك . والقاضي يرى مبرراً لذلك إذا كان الهدم يرهق المدين في الوقت الذي لا يلحق فيه إبقاء البناء ضرراً جسيماً بالدائن [٢] . وقد كان القضاء المصري ، في عهد التقنين السابق ، يسير على هذه القاعدة من دون نص لاتفاقها مع قواعد العدالة [١] .

= (جلسة ١٩٨١/١٢/٢ الطعن رقم ١٧٩ لسنة ٤٣ ق س ٣٢ ص ٢٢٠١) .
(جلسة ١٩٨٦/٦/٣ الطعن رقم ٢٠٥ سنة ٥٣ ق) .
(جلسة ١٩٨٦/٦/٥ الطعن رقم ١٣١٣ سنة ٥٤ ق) .

(١) سنرى عند الكلام في الالتزام بالامتناع عن عمل أن تنفيذ هذا الالتزام تنفيذاً عينياً بعد وقوع الإخلال به إنما هو في الحقيقة تعويض عيني لا تنفيذ عيني . ولكن التعويض العيني ، فيما نحن بصدده من قاعدة ، [illegible] عن التنفيذ العيني .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وقد استثنى المشروع صورة واحدة من حكم قاعدة عدم جواز العدول إلى طريق التعويض ما بقي التنفيذ العيني ممكناً ، مقتدياً في ذلك بالتقنين الألماني . فأتاح للمدين أن يعمد إلى التعويض النقدي إذا كان يصيبه من وراء التنفيذ العيني ضرر فادح لا يتناسب مع ما يحيق بالدائن من جراء التخلف عن الوفاء عيناً . وفي هذه الحالة لا يسوغ للدائن أن يطالب بالتنفيذ العيني ، بل يقتصر حقه على المطالبة بأداء التعويض الواجب له . وقد تفتحت الأذهان على تطبيق هام من تطبيقات هذا الاستثناء ، يعرض عند إقامة المالك بناء خلافاً لما يفرضه عليه التزام بعدم البناء ، وهو أمر كثير الوقوع في مصر . فمن واجب القاضي في هذا المقام أن يوازن عندئذ بين مصالح =

ويستخلص مما تقدم أن التعويض يحل محل التنفيذ العيني إذا كان هذا مستحيلا ، أو كان ممكناً واتفق الطرفان على التعويض ، أو لم يتفقا وكان التنفيذ العيني مرهقاً للمدين ولا يلحق العدول عنه ضرراً جسيما بالدائن [١] .

= ذوي الشأن وأن يتحامى تحميل المدين تضحيات جساماً درءاً لضرر ضئيل " مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٠ - ص ٥١١) .

(١) استئناف مختلط ٣ يونية سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٣ - وقارب : نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥١ ص ١٣٧ . وقد جاء في مناقشات لجنة الشيوخ - أنظر تاريخ نص المادة ٢٠٣ فقرة ٤٠٦ في الهامش - أن الحكم " مأخوذ مما استقر عليه القضاء ، فإنه بالرغم من عدم وجود هذا النص قد أخذ به القضاء (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٢ - ص ٥١٣) .
وانظر أيضاً نصين تشريعيين قريبين لأن يكونا تطبيقاً لنفس المبدأ ، هما المادتان ٩٢٥ و ٩٢٨ . فقد نصت المادة ٩٢٥ على ما يأتي : " ١ - إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها ، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة ، وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجر العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها . ٢ - إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها ، كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل " . ونصت المادة ٩٢٨ على ما يأتي : " إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك نظير تعويض عادل " .

(1) أ - توافر الإرهاق الذي يهدد بخسارة فادحة أو عدم توافره معيار موضوعي بالنسبة للصفقة المعقودة ذاتها، من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض مادام استخلاصه سائغا ومستمد من أصله الثابت بالأوراق .
(جلسة ١١٩٨٥/١٢/٢٤ الطعن رقم ٥٨٥ سنة ٥٢ ق) .
ب - لئن كان الأصل أن للدائن المطالبة بتنفيذ التزام مدينه عيناً إلا أنه يرد على هذا الأصل استثناء تقضي به المادة ٢/٢٠٣ من القانون المدني ، أساسه ألا يكون هذا التنفيذ مرهقاً للمدين إذ يجوز في هذه الحالة أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً ، فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه على أن تنفيذ المؤجرة التزامها بتركيب المصعد ليس من شأنه إرهاقها لأنه سوف يعود عليها بالفائدة بإضافته إلى ملكها والانتفاع بأجرته الشهرية المتفق عليها وكان هذا القول من الحكم لا يؤدي إلى انتفاء الإرهاق عن المؤجرة (الطاعنة) إذ يشترط لذلك ألا يكون من شأن تنفيذ هذا الالتزام على حساب الطاعنة بذل نفقات باهظة لا تتناسب مع ما ينجم من ضرر للمطعون عليه (المستأجر) من جراء التخلف عن تنفيذه، وإذا لم تحدد الحكم نوع المصعد المناسب للمبنى والثمن الذي سيتكلفه وما سيتبع ذلك من تحديد نفقات تركيبه وما إذا كان هذا الثمن يتناسب مع قيمة المبنى ، فقد حجب نفسه عن بحث مدى الإرهاق الذي يصيب الطاعنة بتركيب المصعد لمقارنته بالضرر الذي يلحق المطعون عليه من عدم تركيبه مما يعيب الحكم بمخالفة القانون والقصور في التسبيب .
(جلسة ١٩٦٦/٢/١ الطعن رقم ٣٠٧ لسنة ٣١ ق س ١٧ ص ٢٢١) .

٤١١ – الشرط الرابع – إعذار المدين : وإعذار المدين واجب في التنفيذ العيني إذا كان المقصود أن يكون هذا التنفيذ قهرياً بطريق الإجبار [1] (م ٢٠٣ فقرة أولى

(1) أ – يعذار الدين ... وصعه قانوناً في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه ، والأصل في هذا الإعذار أن يكون بورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين الدائن فيها أنه يطلب من المدين تنفيذ الالتزام ، ومن ثم فلا يعد إعذاراً – إعلانه بصحيفة دعوى التعويض لإخلال المدين بتنفيذ التزام من التزاماته إلا إذا اشتملت صحيفتها على تكليفه بالوفاء بهذا الالتزام ، وتقدير اشتمال هذه الصحيفة على هذا التكليف من المسائل الموضوعية التي تخضع لسلطة قاضي الموضوع في أن يأخذ بالتفسير الذي يراه مقصوداً من العبارات الواردة بالصحيفة دون رقابة من محكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفي لحمله .

(جلسة ١٩٨٩/١/٢٦ الطعن ٥٩٢ لسنة ٥٥ ق) .

(جلسة ١٩٦٦/٤/٢٨ الطعن ٣٠٦ لسنة ٢٣ ق س ١٧ ص ٩٥٥) .

ب – مفاد نص المادتين ٢١٨ و ١/٢٢٠ من القانون المدني أنه ولئن كان التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك ، إلا أنه لا ضرورة لهذا الإعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين ، لما كان ذلك وكان الثابت من عقد تركيب واستعمال التليفون المبرم بين الطرفين أن الهيئة الطاعنة التزمت بتركيب وصيانة الخط التليفوني ، وكانت طبيعة هذا الالتزام تقتضي أن تتخذ الهيئة الطاعنة ما يلزم من الأعمال الفنية لإصلاح هذا الخط في الوقت المناسب وفور إخطار المشترك بالعطل حتى تمكنه من استعماله بما يحقق له الغرض الذي هدف إليه من التعاقد ، ومن ثم فإن تأخير الهيئة الطاعنة في تحقيق الاتصال التليفوني في الوقت المناسب من شأنه أن يرتب مسئوليتها عن إخلالها بهذا الالتزام ولا يكون إعذارها واجبا بعد فوات هذا الوقت ، إذ لا ضرورة للإعذار لنص المادة ٢٢٠ من القانون المدني في هذه الحالة ، وكان الحكم المطعون فيه قد استند إلى الثابت من تقرير الخبير أن التليفون تعطل عدة مرات ولفترات طويلة في المدة ..... وحتى ..... بسبب قطع الكابل الأرضي ، وإذ لم تقم الهيئة بإصلاح هذه الأعطال وفات الوقت ووقع الضرر فإنه لا ضرورة للإعذار ، فلا على الحكم المطعون فيه إن التفت عن دفاع الطاعنة بشأن هذا الإعذار ، ولم يرد عليه .

(جلسة ١٩٨٩/١٢/١٢ الطعن رقم ٣٨٨ لسنة ٥٧ ق) .

(جلسة ١٩٦٦/٤/٥ الطعن رقم ٤٣١ لسنة ٣١ ق س ١٧ ص ٧٩٧) .

ج – لئن كانت المادة ١/٢٠٣ من القانون المدني أوجبت حصول الإعذار عند المطالبة بالتنفيذ العيني إلا أن الإعذار ليس شرطاً لقبول الدعوى ، وإنما هو شرط للحكم بالتنفيذ العيني ، والإعذار هو وضع المدين في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه ويكون ذلك بإنذاره بورقة رسمية من أوراق المحضرين أو ما يقوم مقامه وتعتبر المطالبة القضائية ذاتها إعذاراً .

(جلسة ١٩٩١/٢/٣ الطعن رقم ١٤١٤ لسنة ٥٣ ق) .

(جلسة ١٩٨٩/١/٢٦ الطعن رقم ٥٩٢ لسنة ٥٥ ق) ./

د – المادة ٢٢٠ من القانون المدني لا تتطلب إعذار المدين في حالات معينة منها تصريح المدين كتابة بأنه لا يريد القيام بتنفيذ التزامه .

(جلسة ١٩٩١/٤/١ الطعن رقم ٢٣٢٨ لسنة ٥٧ ق) .

هـ – لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك (مادة ٢١٨ مدني) فإذا كان الثابت أن المشترية لم تعذر البائع بالوفاء عند حلول الأجل المحدد لتوريد القطن ، وكان العقد المبرم بين الطرفين قد خلا من النص على الإعفاء من الإعذار وهو إجراء واجب لاستحقاق التعويض المتفق عليه فيه فإن المشترية لا تكون على حق في المطالبة بهذا التعويض .

(جلسة ١٩٦٢/٥/٢ مجموعة المكتب الفني السنة ١٣ ص ٥٨٣) .

مدني) . أما إذا كان التنفيذ العيني يتحقق بحكم القانون ، أو قام به المدين مختاراً غير مجبر ، فظاهر أنه لا حاجة إلى الإعذار في هاتين الحالتين .

وأكثر ما يكون الإعذار في المطالبة بالتعويض النقدي . ولكنه يكون أيضاً واجباً حتى لو كان المطلوب هو التنفيذ العيني [1] . فإذا لم يقم الدائن بإعذار المدين قبل مطالبته قضائياً بالتنفيذ العيني ، جاز للمدين ، حتى بعد المطالبة القضائية ، أن يتقدم للدائن بالتنفيذ العيني ، فيخسر الدائن في هذه الحالة مصروفات التقاضي ؛ ولا يصح كذلك أن يطالب الدائن المدين بتعويض عن تأخره في تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، لأنه لم يعذره قبل المطالبة القضائية . على أن المطالبة القضائية ذاتها تعتبر إعذاراً ، فيجب على المدين أن يبادر إلى تنفيذ التزامه بمجرد أن توجه له المطالبة القضائية ، وإلا كان مسئولاً عن تأخره .

ولما كان الإعذار إنما يكثر وقوعه عند المطالبة بالتعويض النقدي ، فنرجئ الكلام في كيفيته وفي الآثار التي تترتب عليه إلى المكان الذي نتكلم فيه عن التنفيذ بطريق التعويض .

(1) أنظر في ضرورة الإعذار في عهد التقنين المدني السابق : استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١ – ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٣ – وأنظر في عدم ضرورة الإعذار في ذلك العهد أيضاً : استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠١ – ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٩٧ – ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٣٠ – ونرى من ذلك أن القضاء كان منقسماً في هذه المسألة في عهد التقنين المدني السابق ، أما التقنين المدني الجديد فقد حسم الخلاف بنص صريح إذ أوجب الإعذار عند المطالبة بالتنفيذ العيني (م ٢٠٣ فقرة أولى) ، ومن ثم لا يلتفت إلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي مناقضاً لذلك ، فقد جاء في هذه المذكرة ما يأتي : " لا ضرورة للإعذار إذا كان الدائن يطالب بالوفاء عيناً لا بالوفاء بمقابل " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٠) .
وأنظر في ضرورة الإعذار في جميع الأحوال ، سواء كان الدائن يطالب بالتنفيذ العيني أو بالتعويض عن التأخير أو بالتعويض عن عدم التنفيذ : دي باج ٣ فقرة ٧٣ – فقرة ٧٤ – على أننا سنعود إلى الإعذار عند المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ ، فإن الرأي منقسم في ضرورة الإعذار في هذه الحالة .

الفصل الثاني

كيف يكون التنفيذ العيني

٤١٢ – مسألتان : نتكلم هنا في مسألتين :

(أولا) موضوع التنفيذ العيني (المديونية) .

(ثانياً) وسائل التنفيذ العيني (المسئولية) .

الفرع الأول

موضوع التنفيذ العيني

٤١٣ – تقسم الالتزام بالنسبة إلى محله : موضوع التنفيذ العيني هو عين محل الالتزام . وقد رأينا أن الالتزام ينقسم ، بالنسبة إلى محله ، إلى أنواع ثلاثة :

(١) الالتزام بنقل ملكية أو حق عيني آخر .

(٢) الالتزام بعمل .

(٣) الالتزام بالامتناع عن عمل .

المبحث الأول

الالتزام بنقل ملكية أو حق عيني آخر
Obligation de donner

٤١٤ – حالتان : يجب التمييز هنا بين حالتين :

(الحالة الأولى) أن يكون محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم .

(الحالة الثانية) أن يكون محل الالتزام شيئاً لم يعين إلا بنوعه .

المطلب الأول

محل الالتزام شيء معين بالذات بملكية الملتزم

٤١٥ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدني على ما يأتي:

" الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل [(١)] " .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ١٤٥/٩١ و١٤٦/٩٢ و١٧٥/١١٨ [(٢)] .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٤٧ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٧، ولا مقابل له في تقنين الموجبات والعقود اللبناني [(٣)] .

٤١٦ – نقل الملكية يسبقه التزام بنقلها – التمييز بين المنقول والعقار : ويتبين من هذا النص أن الالتزام بنقل حق عيني (*obligation de donner*) –

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢١٠ من المشروع النهائي . ثم وافق مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٤ – ص ٥١٦) .

(٢) وهذه هي نصوص التقنين المدني السابق :

م ١٤٥/٩١ : التعهد بإعطاء شيء ينقل ملكيته بمجرد وجود التعهد إذا كان الشيء معيناً ومملوكاً للمتعهد – م ١٤٦/٩٢ : التعهد بإعطاء حق عيني على عقار أو منقول ينقل ذلك الحق بشرط عدم الإخلال بحق الامتياز والرهن العقاري والحبس – م ١١٨/١٧٥ : إذا كان الدين عيناً معينة ، جاز للدائن أن يتحصل على وضع يده عليها متى كانت مملوكة للمدين وقت التعهد أو حدث ملكه لها بعده ولم يكن لأحد حق عيني فيها . (وأحكام التقنين المدني الجديد لا تختلف عن هذه الأحكام) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٥ : (مطابقة لنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٤٧ : (مطابقة لنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٠٧ : (مطابقة لنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل للنص – ولكن أنظر في عقد البيع المواد ٣٩٣ إلى ٣٩٥ – ولا خلاف في الأحكام ما بين هذا التقنين والتقنين المدني المصري .

سواء كان الحق العيني حق ملكية أو أي حق عيني آخر كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن — يتم تنفيذه من تلقاء نفسه ، فينتقل الحق العيني إلى الدائن بحكم القانون (de plein droit) ، إذا كان الشيء الذي يقع عليه الالتزام شيئاً معيناً بالذات (corps certain) علكه المدين .

ويلاحظ أن التقنين الجديد سار على النظرية التقليدية من أن نقل الملكية يسبقه التزام بنقلها ، وهذا الالتزام يتم تنفيذه من تلقاء نفسه فتنتقل الملكية إلى الدائن بحكم القانون ، ويقضي الالتزام بنقل الملكية بمجرد نشوئه . وهذا الوضع بقية تخلفت عن تقاليد القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم ، حيث كانت الملكية لا تنتقل بالعقد [١] .

ويجب في هذا الصدد التمييز بين المنقول والعقار .

٤١٧ – الشيء الذي يقع عليه الالتزام منقول :

فإذا كان الشيء الذي يقع عليه الالتزام منقولا وكان عيناً معينة مملوكة للمدين ، كسيارة معينة بالذات أو مجوهرات تم اختيارها بأعيانها ، فإن الالتزام بنقل حق عيني على هذا المنقول يتم تنفيذه بمجرد نشوئه . فإذا باع شخص سيارة معينة بالذات من آخر أو رهنها حيازياً لضمان دين في ذمته ، كان ملتزماً بنقل ملكية السيارة إلى المشترى أو بترتيب حق رهن حيازي عليها لمصلحة الدائن المرتهن ، ومتى نشأ هذا الالتزام في ذمة المدين تم تنفيذه بمجرد نشوئه ، فتنتقل ملكية السيارة فعلا إلى المشترى أو يترتب حق الرهن فعلا لمصلحة الدائن المرتهن ، وذلك دون حاجة إلى أي إجراء آخر من تسليم أو نحوه [١] .

(١) ويذهب بنكاز (Bonnecase) إلى أنه لا يوجد اليوم ما يمنع من القول بأن العقد ذاته ينقل الملكية دون افتراض التزام موهوم يسبق نقل الملكية ، ويقضي بمجرد أن ينشأ . ويكفي للوصول إلى هذه النتيجة القول بأن العقد حرك القانون فجعله ينقل الملكية ، وبذلك يكون القانون لا العقد هو الذي رتب الأثر (أنظر : التصرف القانوني والواقعة القانونية دروس لقسم الدكتوراه للمؤلف ص ٧٧) . على أنه في بلد تتبع نظام السجل العقاري (Livre Foncier) يبرز التمييز بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل : فالعقد لا ينقل الملكية بنفسه بل يقتصر على إنشاء التزام بنقلها ، أما نقل الملكية بالفعل فلا يتم إلا بتسجيل العقد في السجل العقاري . وفي فترة الانتقال التي تجتازها مصر اليوم إلى نظام السجل العقاري يبرز أيضاً هذا الفرق بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل ، فالعقد ينشئ التزاماً بنقل الملكية ، ولا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل .

(١) إذا كان البائع قد باع كل القطن الذي في مخزنه والناتج من زراعاته المعينة في العقد ، وقد عاينه المشترى في المخزن المودع به كان التكييف الصحيح لهذا البيع أنه بيع جزافي لا بيع شيء معين بنوعه ومتى كان البيع جزافاً فإن الملكية فيه تنتقل إلى المشترى بمجرد تمام العقد .
(جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨ مجموعة المكتب الفني السنة ١٩ ص ٦٢٢) .
(جلسة ١٩٥١/١٢/٦ الطعن رقم ١٧ لسنة ١٩) .

فلو أن صاحب السيارة باعها من (أ) ، ثم باعها مرة أخرى من (ب) ، ولم يسلمها لأي منهما ، انتقلت الملكية إلى (أ) المشترى الأول دون (ب) المشترى الثاني . فإذا سلمها إلى (أ) ، فإنه يكون قد سلمها إلى مالكها . أما إذا سلمها إلى (ب) ، فإن هذا يصبح مالكاً للسيارة بشرط أن يكون حسن النية، ولكنه لا يملكها بسبب البيع بل بسبب آخر هو الحيازة . وليس يمنع هذا من أن تكون ملكية السيارة قد انتقلت أولا إلى (أ) بحكم البيع ، ثم انتقلت بعد ذلك إلى (ب) بحكم الحيازة . يدل على ذلك أن (ب) يتلقى الملكية في هذه الحالة لا من صاحب السيارة الأصلي الذي تجرد عن الملكية بالبيع الأول ، كما قدمنا ، بل من (أ) المشترى الأول الذي انتقلت إليه الملكية دون أن يتسلم السيارة [١] .

٤١٨ – الشيء الذي يقع عليه الالتزام عقار :

أما إذا كان الشيء الذي يقع عليه الالتزام عقاراً معيناً بالذات ومملوكاً للمدين ، كدار أو أرض محددة ، فإن الالتزام بنقل حق عيني على هذا العقار لا يتم تنفيذه بمجرد نشوئه ، بل يجب مراعاة قواعد التسجيل بالنسبة إلى الحقوق العينية الأصلية كالملكية والارتفاق والانتفاع ، وقواعد القيد بالنسبة إلى الحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي والاختصاص ورهن الحيازة . على أن عدم التسجيل لا يمنع من نشوء الالتزام بنقل الملكية أو الحق العيني ، لأن هذا الالتزام إنما ينشأ من العقد والتسجيل إنما ينفذ الالتزام لا ينشئه [٢] .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " يتفرع على وجوب التنفيذ العيني وجوباً تالياً للتخيير أن الالتزام بنقل حق عيني يترتب عليه انتقال هذا الحق بحكم القانون ، متى كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات . ومؤدى هذا أن الالتزام بنقل حق عيني ينفذ بمجرد نشوئه ، وأن القانون نفسه هو الذي يتكفل له بترتيب هذا الأثر . ويجرى هذا الحكم فيما يتعلق بالمنقولات ، دون أن يرد على إطلاقه أي تحفظ أو قيد . فإذا صدر التصرف في منقول معين بالذات من مالكه ، انتقل حق المالك فيه إلى المتصرف فور الوقت ، بل ولا تحول دون ذلك قاعدة (إنزال الحيازة في المنقول منزلة السند المثبت للملكية) بالنسبة لأول خلف يدلى إليه المالك بحقه . وقد يقع أن يدخل المنقول في يد خلف ثان حسن النية ، تنتقل إليه الحيازة على أثر تصرف ثان يصدر من المالك نفسه بعد أن زالت عنه الملكية بمقتضى التصرف الأول . وقد تخلص الملكية لهذا الخلف الثاني ، ولكن الملكية لا تؤول إليه بمقتضى التزام بنقل حق عيني ، بل بطريق آخر من طرق كسب الحقوق العينية هو طريق الحيازة . ومن الجائز أن يقال إن ملكية المنقول قد انتقلت أولا إلى الخلف الأول بمقتضى التزام المالك بنقل حق عيني ، ثم آلت منه إلى الخلف الثاني من طريق الحيازة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٤ – ص ٥١٥) .

(٢) نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٣ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٣ ص ١٥٤ — ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ — ٤ يونية سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٤ ص ١١٥٠ .

فإذا باع صاحب الدار داره من آخر ، لم تنتقل ملكية هذه الدار إلى المشترى ، سواء كان ذلك بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين ، إلا بتسجيل عقد البيع . وإذا رهنها في دين عليه ، لم ينشأ حق الرهن لمصلحة الدائن ، بالنسبة إلى الغير ، إلا بقيد الرهن . وقبل تسجيل البيع يبقى الالتزام بنقل الملكية ديناً في ذمة البائع ، يتراخى تنفيذه إلى وقت التسجيل. ويكون البائع في الوقت ذاته ملتزماً بأن يقوم بالأعمال اللازمة لتسجيل البيع وأخصها التصديق على الإمضاء ، فإذا لم يقم بهذا الالتزام استطاع المشترى أن يحصل على حكم من القاضي بثبوت البيع أو بصحته ، وقام الحكم مقام العقد المصدق عليه [1] ، فإذا سجله المشترى انتقلت إليه الملكية (أنظر م ٢١٠ مدني) . أما الالتزام بإنشاء رهن على العقار فلا يخضع للتسجيل . ومتى تم عقد الرهن ، ونشأ بموجبه التزام الراهن بترتيب حق الرهن على العقار ، فإن هذا الالتزام يتم تنفيذه بمجرد نشوئه وفقاً للقاعدة العامة ، ولكن ذلك يقتصر على العلاقة فيما بين الراهن والمرتهن ، ويكون القيد ضرورياً في سريان الرهن في حق الغير [1] .

(1) إذا كان المقصود بدعوى صحة ونفاذ البيع – المعروفة بدعوى صحة التعاقد – هو تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل الملكية إلى المشترى تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية ، فإن المشترى لا يجاب إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذي يصدر في الدعوى ممكنين .

(جلسة ١٩٦٦/٥/١٩ الطعن رقم ٢٩٠ لسنة ٣٢ ق س ١٧ ص ١١٩٦) .
(جلسة ١٩٨١/٤/١٤ الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٦ ق س ٣٢ ص ١١٢٢) .
(جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٠ الطعن رقم ١١٢٩ لسنة ٥١ ق س ٣٥ ص ٢١٨٢) .
(جلسة ١٩٨٦/١/١٢ الطعن رقم ١٦٨٤ لسنة ٥١ ق) .

(١) يذهب الأستاذ شفيق شحاته في كتابة " النظرية العامة للتأمين العيني سنة ١٩٥٢ ص ٤١ – ص ٤٣ " إلى :
" أن التأمين العيني باعتباره كذلك ليس مصدره العقد ولا أمر القاضي ، ولا يكون مصدره المباشر نص القانون إلا في بعض الأحوال الخاصة . أما المصدر الحقيقي للرهن الرسمي فهو واقعة القيد ، وكذلك الأمر بالنسبة إلى حق الاختصاص والرهن الحيازي العقاري وحقوق الامتياز العقارية الخاصة . والمصدر المباشر لرهن المنقول هو واقعة التسليم ... أما العقد فلا يمكن أن يتولد عنه التأمين العيني بما يستوجبه من حق التقدم وحق التتبع . ذلك أن العقد يقتصر أثره في الأصل على المتعاقدين ولا يتعداهما، في حين أن التأمين العيني يظهر أثره ابتداء في حق الغير . ولذلك فهو لا ينشأ إلا عن تلك الواقعة القانونية التي جعلها القانون مصدراً للتأمين العيني . وليس صحيحاً ما يقال من أن عقد الرهن ينشئ حق الرهن فيما بين المتعاقدين وأن القيد يجعل هذا الحق نافذاً على الغير . فالواقع أن حق الرهن لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ عن عقد الرهن . وهو إذا نشأ كان حتما نافذاً في حق الغير ، وإلا لما كانت هناك فائدة في وجوده . ولذلك نقول إن الرهن مصدره القيد أو التسليم بحسب الأحوال، لا العقد أو الأمر . على أن العقد أو الأمر يعتبر في القانون بمثابة السبب القانوني للقيد أو للتسليم ، ولا يكون القيد أو التسليم منتجا لأثره إلا أن كان مستنداً إلى عقد صحيح أو أمر صادر من القاضي أو نص وارد في القانون " .
ونلاحظ على القول ما يأتي :

على أن الحق العيني العقاري – ملكية كان أو حقاً آخر – الذي ينتقل للدائن يكون خاضعا للحقوق العينية العقارية الأخرى التي تكون قد حفظت من قبل بالتسجيل أو بالقيد. فالمشترى للعقار تنتقل إليه ملكيته بتسجيل عقد البيع ؛ ولكنها تنتقل مثقلة بحق رهن قيد أو حق ارتفاق سجل قبل تسجيل عقد البيع [1] . والكلام في أحكام التسجيل والقيد له مكان آخر .

= (أولا) يذهب الأستاذ شفيق شحاته إلى أن الرهن حق عيني – لا كعقد – لا يمكن أن يكون له أثر إلا في حق الغير . وعندنا أن حق الرهن بهذا الوصف ينتج آثاراً فيما بين المتعاقدين الراهن والمرتهن ، تتلخص فيما نصت عليه المادة ١٠٤٧ من التقنين المدني من أنه " يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن . وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً ، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك " . هذا إلى ما يقيد حق الرهن من سلطة الراهن في إيجار العين المرهونة وفي قبض أجرتها مقدماً (م ١٠٤٥ – ١٠٤٦ مدني) . وكذلك الأمر في رهن الحيازة ، فإن الراهن يضمن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتي عملا ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، وللدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون (م ١١٠١ مدني) . بل إن أثر رهن الحيازة – كحق لا عقد – بالنسبة إلى الدائن المرتهن أوسع مدى ، إذ تنص المادة ١١٠٣ من التقنين المدني على أنه " إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون، فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه " . وليس هذا الالتزام إلا حلقة في سلسلة من الالتزامات يفرضها القانون على الدائن المرتهن في استثمار الشيء المرهون وفي إدارته وفي رده بعد استيفاء الحق المضمون بالرهن (أنظر المواد ١١٠٤ – ١١٠٧ من التقنين المدني) . ولا يجوز القول إن هذه الآثار فيما بين المتعاقدين إنما تترتب على الرهن كعقد لا كحق ، فإن نصوص التقنين المدني صريحة في أن للرهن آثاراً يرتبها تارة فيما بين المتعاقدين وأخرى بالنسبة إلى الغير ، ولفظ " الرهن " مستعمل بمعنى الحق لا بمعنى العقد في الحالتين .

(ثانياً) ومادام أن حق الرهن ينتج آثاراً فيما بين المتعاقدين ، وذلك قبل القيد ، فهذا معناه أن حق الرهن قد نشأ قبل إجراء القيد . فلا يمكن أن يكون القيد هو مصدره ، بل يتعين أن يكون هذا المصدر هو العقد . وإذا كان الإجماع قد انعقد على أن سبب الملكية إنما هو العقد لا التسجيل ، فأولى أن يقال أن الرهن ينشأ عن العقد لا عن القيد ، إذ الرهن يوجد فيما بين المتعاقدين قبل القيد كما قدمنا أما الملكية فلا تنتقل فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل .

(ثالثاً) أما القول بأن القيد وحده هو الذي ينشئ حق الرهن ، فيستتبع حتما القول بأن التسجيل وحده هو الذي ينقل الملكية . ومن الواضح أن نظام الشهر في مصر – ولم يتم حتى اليوم إدخال السجل العقاري في هذا النظام – لا يسمح بهذا القول . فالملكية عندنا ، إلى أن يدخل نظام السجل العقاري ، تنتقل بالعقد المسجل لا بالتسجيل في ذاته .

(أنظر في ذلك : التصرف القانوني والواقعة القانونية ، دروس في قسم الدكتوراه للمؤلف ص ١٢٧ – ص ١٢٩) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " أما العقارات فتحول قواعد التسجيل دون تنفيذ الالتزام بنقل الحق العيني فيها فور الوقت ، ويمتنع الالتزام بنقل الحق العيني في هذه =

المطلب الثاني

محل الالتزام شيء لم يعين إلا بنوعه

٤١٩ — النصوص القانونية: تنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدني على ما يأتي:

" ١ — إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه ، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء " .

" ٢ — فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ، بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء، من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض [1] ".

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٦ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٤٨ ، وفي التقنين المدني الليبـــي المادة ٢٠٨ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٥٠ فقرة أولى وفقرة ثانية [2] .

= الحالة بالتزام بعمل ، قوامه وجوب اشتراك مالك العقار في تيسير إجراء التسجيل ، ولا سيما من طريق التصديق على إمضائه . وعلى هذا النحو يظل تنفيذ الالتزام بنقل الحق العيني على التراضي فترة من الزمن ، وهذه هي علة التفريق في هذا المقام بين مجرد الالتزام بنقل الملكية وبين انتقالها فعلا " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٥) — أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦ .

" ويتفرع على ما تقدم — كما تقول المذكرة الإيضاحية — أن للدائن أن يتسلم الشيء المعين بذاته الذي التزم المدين أن يدلي به إليه ، منقولا كان أو عقاراً ، بتوافر شرطين : أولهما أن يكون هذا الشيء مملوكا للمدين وقت إنشاء الالتزام ، أو أن تكون ملكيته قد آلت إليه بعد ذلك . والثاني ألا يكون قد ترتب على المعقود عليه حق عيني لأحد من الأغيار ، كخلف ثان يحوز منقولا بحسن نية أو مشتر آخر آل إليه عقار بمقتضى عقد سبق تسجيله . وقد نص على هذا الحكم في المادة ١١٨/١٧٥ من التقنين الحالي (السابق) . ولم ير المشروع محلا لنشوبه به ، باعتبار أنه يستخلص من دلالة ما تقدم من القواعد العامة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٥) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢١١ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٧ — ص ٥١٨) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٦ : (مطابقة لنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٤٨ : (مطابقة لنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدني المصري) .

٤٢٠ — الفرق بين الشيء المعين بالذات والشيء الذي لم يعين إلا بنوعه : ويتبين من هذا النص أن الالتزام بنقل حق عيني على شيء غير معين بالذات لا يتم تنفيذه من تلقاء نفسه ، ولا ينتقل الحق العيني إلى الدائن بحكم القانون على خلاف ما رأينا في الشيء المعين بالذات . والسبب واضح : ذلك أن الشيء قبل تعيينه غير معروف ، فهناك إذن استحالة طبيعية في أن تنتقل ملكيته أو أي حق عيني آخر يتعلق به إلى الدائن قبل هذا التعيين .

٤٢١ — الشيء غير المعين نقود : فإذا كان الشيء الذي لم يعين إلا بنوعه نقوداً، فقد رأينا عند الكلام في محل العقد أن المدين يلتزم بقدر عددها المذكور في العقد [1]، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر (م ١٣٤ مدني) . ورأينا أن السعر الإجباري (cours forcé) للورق النقدي ، مهما انخفض هذا السعر من جراء التضخم ، لا يتغير شيئاً في حكم هذه القاعدة ، وأن الاتفاق على الدفع بسعر الذهب (clause or) باطل لمخالفته للنظام العام ، سواء كان ذلك في التعامل الداخلي أو في التعامل الدولي [2] .

فإذا كان على المدين أن يدفع للدائن قدراً معيناً من النقود ، وجب أن يدفع له هذا القدر العددي دون زيادة أو نقص ، ولا تنتقل ملكيته من المدين إلى الدائن إلا عند القبض . والسبب في ذلك أن من خصائص النقود أن أي مقدار منها لا يتعين إلا بقبضه، ولا يكفي فيه الإفراز . فلو أن المدين أفرز من ماله خمسين جنيهاً هو القدر الواجب دفعه للدائن ، لم تنتقل ملكية هذا المقدار إلى الدائن بمجرد الإفراز ، بل تبقى النقود على ملك المدين ، وله أن يعدل عن دفع ما أفرزه وأن يفرز مقداراً آخر بدلا منه، ولا تنتقل ملكية النقود إلى الدائن إلا عند قبضها .

والتنفيذ العيني بدين من النقود ممكن دائماً ، طوعاً أو جبراً ، ويكون جبراً بطريق التنفيذ على مال المدين وبيعه وإستقضاء الدين نقداً من الثمن .

= التقنين المدني الليبـــي م ٢٠٨ : (مطابقة لنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٠ : ولا ترعى هذه القاعدة (الوفاء عينا) في موجبات الأداء فقط ، بل في موجبات الفعل وموجبات الامتناع أيضاً . ويحق للدائن أن يطلب من المحكمة الترخيص له في أن ينفذ بنفسه موجب الفعل على حساب المديون . (والحكم لا يختلف في التقنين اللبناني عنه في التقنين المصري) .

(١) أو المقدر في الحكم في حالة التعويض عن المسئولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب أو الالتزامات القانونية

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٤ — فقرة ٢٢٦ — قارن : نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣١ ص ٢٤٤ .

٤٢٢ – الشيء غير المعين ليس نقوداً : أما إذا كان الشيء الذي لم يعين إلا بنوعه ليس نقوداً ، فإن انتقال ملكية هذا الشيء ، أو أي حق عيني آخر يتعلق به إلى الدائن يكون بالإفراز ولو قبل التسليم . فلو أن شخصاً باع من آخر مائة قنطار من القطن أو خمسين إردباً من القمح ، لم تنتقل الملكية إلى المشترى بمجرد البيع ، لأن القطن أو القمح لم يتعين ، فلا يتصور انتقال الملكية . فإذا ما تم التعيين ، ويكون ذلك بإفراز كمية من القطن أو القمح معادلة للمقدار المحدد بقصد تسليمها للمشترى ، أصبح المبيع شيئاً معيناً بالذات ، وانتقلت ملكيته إلى المشترى بهذا الإفراز دون حاجة في هذا إلى التسليم . ويترتب على ذلك أن البائع لو أفرز المقدار المبيع بقصد تسليمه إلى المشترى، ووضعه في مكان معين – شونة أو مخزن – ثم دعا المشترى لتسلمه بطريق الإعذار ، فتخلف هذا بغير عذر ، ثم احترقت الشونة أو المخزن بغير خطأ من البائع ، هلك المبيع على المشترى لأنه ملكه وانتقلت في الوقت ذاته تبعة الهلاك إليه بالرغم من أنه لم يكن قد تسلمه .

على أن المألوف في التعامل هو أن يكون إفراز الشيء عند تسليمه إلى المشترى ، فيتم الإفراز والتسليم في وقت واحد . ومن ثم يقال في بعض الأحيان إن الملكية تنتقل بالتسليم على اعتبار أن الإفراز لم يتم إلا عند التسليم ، لا على اعتبار أن التسليم هو الذي ينقل الملكية .

ويلاحظ من جهة أخرى أن الشيء الذي لم يعين إلا بنوعه إذا كان عقاراً – كما إذا باعت إحدى شركات أراضي البناء كذا متراً من الأرض دون تعيين – فإن ملكية الأرض المبيعة لا تنتقل إلى المشترى بالتعيين ، بل ولا بالتسليم ، وإنما تنتقل بالتسجيل الذي لا يتم طبعاً إلا بعد التعيين ، ويصبح المشترى مالكاً للأرض المبيعة بتسجيل عقد البيع ولو قبل التسليم .

٤٢٣ – كيف يكون التنفيذ إذا امتنع المدين عن الإفراز : وإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه من إفراز الشيء على النحو المتقدم وتسليمه للدائن ، جاز لهذا أن يطالب بالتنفيذ عيناً أو تعويضاً .

والتنفيذ العيني يكون بحصول الدائن على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين : ويقوم الدائن نفسه بشرائه ، ويرجع بالثمن والمصروفات على المدين ، بل ويرجع أيضاً بالتعويض عما قد يكون أصابه من خسارة بسبب تأخر المدين في تنفيذ التزامه . والأصل أن الدائن يستأذن القضي في ذلك ، ويكون الاستئذان عن طريق الدعوى والحصول على حكم بشراء الشيء والرجوع على المدين بما تقدم بيانه . فإذا كانت الظروف لا تحتمل الإبطاء

وكان الانتظار طول الوقت الذي يستغرقه استصدار الحكم يحدث ضرراً بليغاً بالدائن ، كان له دون حكم – ويحسن أن يكون ذلك بعد إعذار المدين – أن يقوم بالشراء ، ثم يرجع بالثمن والمصروفات والتعويض على المدين عن طريق الدعوى ، وهنا يتمكن القاضي من بسط رقابته على تصرف الدائن ، والتثبت من أن الظروف كانت تبرر هذا التصرف الاستثنائي فيحكم له بما طلب ، أو أنه كان متسرعاً فيخفض المبلغ المطلوب بمقدار ما عاد على المدين من الخسارة بسبب هذا التسرع [١] .

أما التنفيذ بطريق التعويض فيكون بمطالبة المدين بقيمة الشيء نقداً مع التعويض عن التأخر في التنفيذ . وتجرى هذه المطالبة وفقاً للقواعد العامة التي سيأتي ذكرها عند الكلام في التنفيذ بطريق التعويض [٢] .

المبحث الثاني

الالتزام بعمل

(obligation de faire)

٤٢٤ – أقسام الالتزام بعمل : رأينا أن الالتزام العقدي ينقسم إلى التزام بتحقيق غاية (obligation de résultat) والتزام ببذل عناية (obligation de moyen) . ويمكن القول إن كل التزام – عقدياً كان أو غير عقدي – يكون إما التزاماً بغاية أو التزاماً بعناية [٣] . فالالتزام بنقل حق عيني هو دائماً التزام بغاية . وكذلك هو شأن الالتزام

---

(١) أنظر قريباً من هذا المعنى ديموج ٦ فقرة ٩ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني شيئاً معيناً بنوعه ، فلا يتيسر التنفيذ عيناً إلا بفرز المعقود عليه . وللدائن أن يطالب بالتنفيذ على هذا الوجه ولو امتنع المدين عن ذلك ، ويكون من واجب الدائن أن يعذر المدين في هذه الحالة ليثبت عليه امتناعه ، ثم يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ، بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه عند الاستعجال . وللدائن كذلك أن يتخذ من الامتناع عن التنفيذ عيناً ذريعة للمطالبة بتعويض نقدي يعادل قيمة الشيء . ولا يكون أساس هذه المطالبة استحالة التنفيذ ، وإنما يكون أساسها استيفاء الدائن للتعويض دون ممانعة من المدين ، ذلك أن من حق المدين أن يؤدي عين المعقود عليه لا قيمته . وللدائن في كلتا الحالتين ، حالة الوفاء عيناً وحالة الوفاء بمقابل ، أن يقتضي فوق ذلك ما يجب له من تعويض عن التأخر في التنفيذ " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٧) . وأنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦) .

(٣) الوسيط جزء أول ص ٦٥٩ هامش رقم ١ .

بالامتناع عن عمل [1] . أما الالتزام بعمل فيكون في بعض صوره التزاماً بعناية ، ويكون في صور أخرى التزاماً بغاية . فإذا كان التزاماً بغاية ، فهو لا يعدو أن يكون التزاماً بتسليم شيء أو التزاماً بإنجاز عمل معين .

ومن ثم ينقسم الالتزام بعمل أقساماً ثلاثة : (١) التزاماً ببذل عناية . (٢) التزاماً بتسليم شيء . (٣) التزاماً بإنجاز عمل معين .

ونستعرض كلا من هذه الأقسام .

المطلب الأول

الالتزام ببذل عناية

٤٢٥ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢١١ من التقنين المدني على ما يأتي:

" ١ – في الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء ، أو أن يقوم بإدارته ، أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود . هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك " .

" ٢ – وفي كل حال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم [2] " .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢١٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٥١ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢١٤ [3] ولا مقابل له في تقنين الموجبات والعقود اللبناني [4] .

(١) ولا يقال إن الالتزام بعدم الإضرار بالغير التزام بالامتناع عن عمل وهو في الوقت ذاته التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق غاية ، فالصحيح أن هذا الالتزام ليس التزاماً بالامتناع عن الإضرار بالغير بل هو التزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير . فهو التزام بعمل ، وليس التزاماً بالامتناع عن عمل ، ومن ثم صح أن يكون التزاماً ببذل عناية .

(٢) تاريخ النص : سبق أن استعرضنا تاريخ هذا النص (أنظر الوسيط الجزء الأول ص ٦٥٨ هامش رقم ٢) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢١٢ : (مطابقة لنص المادة ٢١١ من التقنين المدني المصري)

وتنص المادة ٢٠٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

" الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم [2] " .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٧ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٩ [3] . ولا مقابل له في كل من التقنين المدني العراقي وتقنين الموجبات والعقود اللبناني [4] .

٤٢٦ – الالتزام ببذل عناية يتعلق بشيء أو بعمل : وقد أوردت المادة ٢١١ مدني ضروب الالتزام ببذل عناية . فهذا الالتزام إما أن يكون متعلقا بشيء أو متعلقا بعمل .

فإذا كان متعلقاً بشيء ، فهو إما أن يكون : (١) المحافظة على هذا الشيء ، كالتزام المودع عنده بالمحافظة على الشيء المودع (م ٧٢٠ مدني) ، والتزام المستعير أو المستأجر بالمحافظة على الشيء المعار أو العين المؤجرة (م ٦٤١ وم ٥٨٣ مدني) ويدخل في ذلك أيضاً الالتزام بالمحافظة على الشيء الذي يتضمنه الالتزام بنقل الحق العيني ، فقد رأينا المادة ٢٠٦

– التقنين المدني العراقي م ٢٥١ : (تتفق في الحكم مع المادة ٢١١ من التقنين المدني المصري ، وإن اختلفت اختلافا طفيفا في الصيغة) .

التقنين المدني الليبي م ٢١٤ : (مطابقة لنص المادة ٢١١ من التقنين المدني المصري) .

(١) إذا كان لا يوجد مقابل لهذا النص في تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، فلسنا نرى مانعاً ، والتقنين اللبناني يستقي مبادئه العامة من نفس المصادر التي يستقي منها التقنين المصري ، من سريان هذا الحكم كمبدأ عام من مبادئ التقنين اللبناني (أنظر في تطبيقات خاصة لهذا المبدأ م ٥٦٨ لبناني في عقد الإيجار – م ٦٩٦ في عقد الوديعة – م ٧٢٢ في الحراسة – م ٧٤٦ – ٧٤٨ في عقد العارية – م ٧٨٥ – ٧٨٦ في عقد الوكالة) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢١٢ من المشروع النهائي ، ثم مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٩ – ص ٥٢٠) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٧ : (مطابقة للمادة ٢٠٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٠٩ : (مطابقة للمادة ٢٠٦ من التقنين المدني المصري)

(٤) ولكن يعمل بهذا الحكم في كل من التقنين العراقي واللبناني ، تطبيقاً للمبادئ العامة

تقضي بأن الالتزام بنقل حق عيني يتضمن التزاماً بعمل في قسمين من الأقسام الثلاثة للالتزام بعمل ، فيلتزم المدين بأن يحافظ على الشيء وهذا التزام ببذل عناية ، وأن يسلمه للدائن وهذا التزام بالتسليم . مثل ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى ، فهو يتضمن التزاماً بتسليم المبيع إلى المشترى والتزاماً بالمحافظة عليه حتى وقت التسليم (أنظر المواد ٣١ و ٤٣٧ — ٤٣٨ مدني) . (٢) أو يكون إدارة هذا الشيء ، ويتضمن هذا بطبيعة الحال المحافظة عليه ، وذلك كالتزام المرتهن رهن حيازة بإدارة العين المرهونة لاستثمارها استثماراً كاملا (م ١١٠٤ فقرة ثانية مدني) ، وكالتزام الوكيل في الإدارة بإدارة العين الموكول إليه إدارتها (م ٧٠١ مدني) . وقد تكون إدارة الشيء لمصلحة الدائن كما في الوكيل بالإدارة . أو لمصلحة المدين كما في المستأجر عند ما ينتفع بالعين ، أو لمصلحتهما معاً كما في الدائن المرتهن رهن حيازة عند ما يستثمر العين المرهونة .

وإذا كان الالتزام ببذل عناية متعلقاً بعمل ، كالطبيب يلتزم بعلاج المريض والمحامي يلتزم بالدفاع عن مصالح موكله أمام القضاء (وهذا غير النيابة عنه) ، كان العمل المطلوب من المدين هو توخي الحيطة في القيام بالعمل الموكول إليه . فالطبيب عليه أن يتوخى أصول صناعة الطب المعروفة في العلاج ولا عليه أن يشفى المريض [1] ، والمحامي عليه أن يبذل العناية المألوفة في الدفاع عن مصالح موكله ولا عليه أن يكسب القضية .

---

(1) أ — التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض ، وإنما هي التزام ببذل عناية ، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول ، كما يسأل عن خطئه العادي أياً كانت درجة جسامته .

(جلسة ١٩٧١/١٢/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ١٠٦٢) .

ب — مسئولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجه هي مسئولية عقدية ، والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له ، لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية ، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق — في غير الظروف الاستثنائية — مع الأصول المستقرة في علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول ، وجراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها ، إلا أن العناية لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر .

(جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ١٠٧٥) .

٤٢٧ — العناية المطلوبة في الالتزام ببذل عناية :

ويعتبر المدين ، في جميع هذه الأحوال ، أنه قد وفى بالتزامه ، إذا هو — كما يقول النص — بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، فأخفق العمل ، أو هلك الشيء المحفوظ ، أو انتهت إدارته بالخسارة .

وقد يوجب القانون أو الاتفاق عناية أكثر أو أقل من عناية الشخص العادي . ففي العارية أوجب القانون عناية أكبر (م ٦٤١ مدني) . وفي الوديعة أوجب عناية أقل (م ٧٢٠ مدني) . وإذا اتفق المدين والدائن على عناية أقل أو أكثر ، جاز ذلك . على أنه لا يجوز الاتفاق على التخفف من العناية إلى الحد الذي لا يكون المدين فيه مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم [1] .

٤٢٨ — إحالة :

وقد سبق بيان ذلك تفصيلا عند الكلام في المسئولية العقدية، فنكتفي هنا بالإحالة إليها [2] .

المطلب الثاني

الالتزام بالتسليم

٤٢٩ — النصوص القانونية:

تنص المادة ٢٠٧ من التقنين المدني على ما يأتي:

" ١ — إذا التزم المدين أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر ، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن " .

" ٢ — ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ولو أعذر ، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه ، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة " .

" ٣ — على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ، فإن تبعة الهلاك تكون على السارق [3] " .

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٧ — ص ٥٠٨ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٢٨ — فقرة ٤٢٩ وفقرة ٤٤٠ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨٤ من المشروع التمهيدي على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ٢١٣ =

ولا مقابل هذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٨ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢١٠ [1] ، أما التقنين المدني العراقي فقد اشتمل في هذه المسألة على سلسلة من النصوص (م ٤٢٦ إلى ٤٢٨) سيأتي ذكرها عند الكلام في استحالة التنفيذ كسبب من أسباب انقضاء الالتزام . ولا مقابل للنص في تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، ولكن يبدو أن المبادئ العامة لهذا التقنين لا تمنع من تطبيق هذه الأحكام .

٤٣٠ – الالتزام بالتسليم قد يكون التزاماً مستقلا وقد يكون التزاماً تبعياً :

الالتزام بالتسليم قد يكون التزاماً مستقلا وقد يكون التزاماً تبعياً : قد يكون الالتزام بالتسليم التزاماً مستقلا ، فيكون منذ البداية التزاماً بعمل. مثل ذلك التزام المستأجر برد العين المؤجرة ، والتزام المستعير برد العين المعارة ، والتزام المودع عنه برد الشيء المودع ، والتزام المرتهن حيازة برد العين المرهونة .

وقد يكون الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً يتضمنه الالتزام بنقل حق عيني على النحو الوارد في المدة ٢٠٦ وقد تقدم ذكرها. مثل ذلك التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشترى [1]، والتزام الشريك بتسليم حصته إلى الشركة ، وكلا الالتزامين قد تضمنه التزام بنقل حق عيني إما إلى المشترى وإما إلى الشركة [2] .

– في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ أدخلت بعض تعديلات لفظية أخرى ، وذكر أن المقصود بالهلاك والضياع المشار إليهما في الفقرة الثالثة " الهلاك الكلي أو الجزئي وضياع نفس مادة الشيء أو عدم صلاحيته للغرض المطلوب ولو كان يصلح لغرض آخر " . وأصبح النص مطابقا وصار رقمه ٢٠٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٣ – ص ٥٢٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٨ : (مطابقة لنص المادة ٢٠٧ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢١٠ : (مطابقة لنص المادة ٢٠٧ من التقنين المدني المصري) .

(1) الالتزام بتسليم المبيع من الالتزامات الأصلية التي تقع على عاتق البائع ولو لم ينص عليه في العقد ، وهو واجب النفاذ بمجرد تمام العقد ، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك .

(جلسة ١٩٨٤/٣/٢٦ الطعن رقم ٦١٠ لسنة ٤٩ ق س ٣٥ ص ٨٢٤) .

(جلسة ١٩٧٦/٢/١٧ الطعن رقم ١٩ لسنة ٤٢ ق س ٢٧ ص ٤٥٣) .

(جلسة ١٩٧١/٤/٨ الطعن رقم ٢٤٠ لسنة ٣٦ ق س ٢٢ ص ٤٤٣) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦ .

وسواء كان الالتزام بالتسليم التزاماً مستقلا أو التزاماً تبعياً ، فإن تنفيذه يكون بتسليم المدين الشيء إلى الدائن [1] ، وفقاً لأحكام القواعد العامة في التسليم . فإذا لم ينفذ المدين التزامه طوعاً، أجبر على التنفيذ عيناً أو عن طريق التعويض بحسب الأحوال .

٤٣١ – تبعة هلاك الشيء قبل التسليم :

تبعة هلاك الشيء قبل التسليم : ويستوقف النظر في هذا الالتزام بحث تبعة هلاك الشيء إذا هلك قبل التسليم . فإذا فرض أن الشيء هلك قضاء وقدراً ، فعلى من تقع تبعة الهلاك ؟ هنا يجب التمييز بين أن يكون الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً أو التزاماً أصلياً .

فإذا كان الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً يتضمنه التزام بنقل حق عيني ، فالأصل أن الهلاك يكون على المدين بالتسليم ، ولو أنه أصبح غير مالك إذ انتقلت الملكية إلى الدائن تنفيذاً للالتزام الأصلي بنقل الملكية . ويبرر هذه القاعدة أن الالتزام بالتسليم في هذه الحالة ليس في حقيقته إلا التزاماً مكملا للالتزام بنقل الملكية ، إذ لا تخلص الملكية فعلا للدائن إلا بالتسليم . ومن ثم كان الهلاك على المدين ، وهو مدين بنقل الملكية وبالتسليم معاً . وقد طبق التقنين المدني الجديد هذه القاعدة في كل من البيع والقسمة . فنصت المادة ٤٣٧ على أنه " إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ العقد واسترد المشترى الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشترى لتسلم المبيع " [1] [1] . ونصت الفقرة الأولى

---

(1) أ – يشترط في وضع المبيع تحت تصرف المشترى – ليتحقق به التسليم المنصوص عليه في المادة ٤٣٥ من القانون المدني أن يكون بحيث يتمكن المشترى من حيازة المبيع والانتفاع به . التسليم المعنوي أو الحكمي يقوم مقام التسليم الفعلي .

(جلسة ١٩٨٥/٢/٢١ الطعن رقم ٦٣٢ س ٥١ ق) .

(جلسة ١٩٨٨/١١/١٩ الطعن رقم ١٤٢٥ س ٥٦ ق) .

(جلسة ١٩٩٠/٦/١٩ الطعن رقم ٣٥٣٩ س ٥٨ ق) .

(جلسة ١٩٩١/١/٢٠ الطعن ١٧٤٧ س ٥٨ ق) .

ب – لئن كانت ملكية العقار المبيع لا تنتقل إلى المشترى قبل تسجيل عقد البيع ، إلا أن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشترى ولو لم يسجل العقد ، وبذلك تكون للمشترى ثمرة المبيع من تاريخ إبرام البيع ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك .

(جلسة ١٩٦٩/١/٢٣ الطعن رقم ٥٣٢ لسنة ٣٤ ق س ٢٠ ص ١٥٠) .

(١) أما في التقنين الفرنسي (م ١١٣٨ و م ١٦٢٤) ، فالهلاك على المشترى حتى قبل التسليم ، إذ أن الهلاك على المالك (res perit domino) ، سواء كان الالتزام بالتسليم مستقلا أو تبعياً ، وقد أصبح المشترى بالبيع مالكا ، فيحمل تبعة الهلاك حتى قبل أن يتسلم المبيع ، أنظر في أن الهلاك في القانون الفرنسي لا يكون على المشترى قبل التسليم إلا باعتباره مالكا ، فإذا تراخى نقل الملكية إلى ما بعد التسليم فإن الهلاك لا يكون عليه بل يكون على البائع : بودري وبارد ١ فقرة ٤٢٣ – فقرة ٤٢٤ .

من المادة ٥١١ على أنه " إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر ، فإن أحكام البيع هي التي تسري في ضمان الحصة إذا هلكت ... " [1] .

أما إذا كان الالتزام بالتسليم التزاما مستقلا ، فالهلاك يكون على المالك . ويغلب أن يكون هو الدائن بالتسليم ، كما رأينا ذلك في الالتزام بالرد نحو المؤجر والمعير والمودع والراهن حيازة . ولكن قد يكون المالك هو المدين بالتسليم ، كما في التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة لمستأجر [2] ، وذلك أن الأصل في الهلاك أن يكون على المالك (res perit domino) ، فهو الذي يكسب الغنم وهو الذي يتحمل الغرم . ولم يزحزح هذه التبعة عن المالك إلى المدين بالتسليم في الالتزام التبعي إلا اعتبار أن الالتزام التبعي بالتسليم مكمل للالتزام بنقل الملكية كما قدمنا . أما هنا فالالتزام مستقل ، ومن ثم رجعنا إلى الأصل فكا[ن الـ]ـهلاك على المالك . وقد أورد التقنين المدني تطبيقات كثيرة لهذا المبدأ ، نذكر منها ما ورد في عقود الإيجار والعارية والوديعة ورهن الحيازة . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٦٩ على أنه " إذا هلكت العين المؤجرة أثناء الإيجار هلاكا كليا انفسخ العقد من تلقاء نفسه " . فتبعة الهلاك هنا على المالك وهو المؤجر ، لا على المدين بالرد وهو المستأجر [illegible]

---

(1) قاعدة الهلاك على المالك إنما تقوم إذا حصل الهلاك بقوة قاهرة ، أما إذا نسب إلى البائع تقصير فإنه يكون مسئولا عن نتيجة تقصيره .

(جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨ الطعنان رقما ٣٧٩ ، ٣٨٢ لسنة ٢٢ ق س ٧ ص ٧٦٧) .

(١) وكان التقنين المدني السابق يجعل تبعة هلاك الحصة ، إذا كانت عيناً معينة ، على الشركة حتى قبل التسليم [illegible] فقد كانت المادة ٥١٦/٤٢٤ من هذا التقنين تنص على أنه " إذا كانت حصة الشريك في رأس المال حق ملكية في عين معينة أو حق انتفاع فيها ، انتقل الحق في ذلك بمجرد عقد الشركة لجميع الشركاء وكان عليهم تلفه " . وكان هذا الحكم في التقنين المدني السابق مخالفاً لمبدئه العام الذي كان يجعل الهلاك على المدين بالتسليم لا على المالك كما رأينا في البيع . وقد أزال التقنين المدني الجديد هذا التعارض [illegible] الهلاك على المدين بالتسليم دائماً مادام الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً يتضمنه التزام بنقل الملكية [illegible] ذلك البيع والشركة كما رأينا .

(2) مؤدى نصوص المواد ٥٦٤ ، ٥٦٦ ، ١/٤٣٥ من القانون المدني أن تسليم العين المؤجرة يحصل [illegible] تحت تصرف المستأجر بحيث يتمكن من حيازتها والانتفاع بها دون عائق ، ولو لم يضع يده عليها [illegible] مادام المؤجر قد أعلمه بذلك ، بمعنى أنه ليس يكفي مجرد تخلي المؤجر عن العين المؤجرة [illegible] لمستأجر بالانتفاع بها إذا وجد عائق يحول دونه ولا يتم التسليم بغير إزالته ، يستوي أن يكون [illegible] تعرض مادي أو نتيجة تعرض قانوني ناشئا عن فعل المؤجر أو أحد أتباعه ، أم راجعاً إلى فعل الغير [illegible] طالما حصل قبل حصول التسليم .

(جلسة ١٩٧٨/١/١٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ٢٢٩) .

(٢) كذلك إذا هلكت العين المؤجرة قبل تسليمها للمستأجر ، فإن الهلاك يكون على المؤجر [illegible] بالتسليم ، ولكنه هو المالك للعين فيحمل تبعة الهلاك كما قدمنا (قارب م ٥٦٤ — ٥٦٥ [illegible]

ونصت الفقرة الأولى من المادة ٥٨٤ على أن " المستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه ". وهذا تطبيق خاص بالهلاك بسبب الحريق، فإذا نشأ الحريق بسبب أجنبي — وعبء الإثبات على المستأجر — كان الهلاك على المالك أي على المؤجر . ونصت الفقرة الأولى من المادة ٥٩١ على ما يأتي : " على المستأجر أن يرد العين المؤجرة بالحالة التي تسلمها عليها، إلا ما يكون قد أصاب العين من هلاك أو تلف لسبب لا يد له فيه". وهنا أيضاً ترديد للمبدأ ذاته في حالة قيام المستأجر بتنفيذ التزامه بالرد، فهلاك العين بسبب أجنبي في هذا الحالة لا يكون عليه بل على المالك وهو المؤجر الدائن بالرد . ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٤١ على أن المستعير يكون في كل حال " ضامنا لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة وكان في وسعه أن يتحاشاها باستعمال شيء من ملكه الخاص أو كان بين أن ينقذ شيئاً مملوكا له أو الشيء المعار فاختار أن ينقذ ما يملكه " . وهنا جعلت تبعة هلاك الشيء المعار بسبب أجنبي في الأصل على المالك وهو المعير ، طبقاً للمبدأ العام الذي قدمناه . وإنما اختار المشرع فرضين ، فيهما يهلك الشيء بسبب أجنبي ولكن المستعير كان يستطيع إنقاذه بتضحية ماله الخاص، فجعل الهلاك في هذين الفرضين لا على المعير وهو المالك والدائن بالرد ، بل على المستعير وهو المدين بالرد لأنه كان ينتفع بالشيء دون مقابل . وفي الوديعة يلتزم المودع عنده برد الشيء المودع كما تقضي بذلك المادة ٧٢٢ ، إلا أنه إذا هلك الشيء بسبب أجنبي ، كان الهلاك على المالك وهو المودع ، تطبيقاً للمبدأ العام . وفي رهن الحيازة نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٠٢ على أن " يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطأه أو ناشئاً عن قوة قاهرة " . ونصت المادة ١١٠٣ على أنه " إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه " . فهلاك العين المرهونة بسبب أجنبي على المالك وهو الراهن الدائن بالرد ، لا على المرتهن وهو المدين بالرد .

٤٣٢ — أثر الإعذار في تحمل تبعة الهلاك : ويتبين مما تقدم أن تبعة الهلاك في الالتزام بالتسليم تكون على المدين بهذا الالتزام إذا كان التزاماً تبعياً ، وتكون على المالك إذا كان التزاما مستقلا . غير أن الإعذار ينقل تبعة الهلاك من طرف إلى الطرف الآخر في كلتا الحالتين .

فإذا كانت تبعة الهلاك على المدين كما في البيع قبل التسليم ، وأعذر البائع المشترى طالبا إليه أن يتسلم المبيع ، وهلك المبيع بعد الإعذار وقبل التسليم ، فإن تبعة الهلاك تنتقل

من المدين إلى الدائن ، أي من البائع إلى المشترى . وتقرر المادة ٣٣٥ من التقنين المدني هذه القاعدة ، إذ تنص على أنه " إذا تم إعذار الدائن ، تحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه ... " وفي هذه الحالة – حالة انتقال تبعة الهلاك من المدين إلى الدائن – يلتزم المدين أن ينزل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن الشيء الذي هلك ، كما لو كان الشيء مؤمناً عليه فاستحق المدين مبلغ التأمين ، أو كان هلاك الشيء بفعل أجنبي فاستحق المدين التعويض (١) .

وإذا كانت تبعة الهلاك على المالك ، كما في عقد الإيجار قبل تنفيذ المستأجر التزامه برد العين المؤجرة ، وأعذر المؤجر المستأجر طالبا إليه تسليم العين ، وهلكت العين بعد الإعذار وقبل التسليم ، فإن تبعة الهلاك تنتقل من المؤجر إلى المستأجر . والمدين بالرد هو المستأجر ، وكان الهلاك على المؤجر وهو الدائن بالرد ، فأعذر المؤجر المستأجر مطالباً إياه بالرد ، ثم هلكت العين المؤجرة بعد الإعذار ، فترتب على الإعذار أن انتقلت تبعة الهلاك إلى المدين ولو أن الهلاك كان قبل الإعذار على الدائن ، كما تقول المادة ٢٠٧ سالفة الذكر . ذلك أن الإعذار – وهذا ما تقوله المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (٢) – يلزم المدين، أي المستأجر ، دليل التخلف ، ويثبت عليه بذلك خطأ يرتب مسئوليته متى كان هلاك الشيء من جراء الحادث الفجائي راجعاً إلى هذا التخلف. والواقع أن المدين في مثل هذه الحالة يكون متسبباً في الهلاك بفعله . أما إذا أثبت المدين أن الشيء كان يهلك في يد الدائن أيضاً لو أنه سلم إليه ، (فإنه) بهذا يقيم الدليل على أن الهلاك لا يرجع إلى تخلفه ، بل يرجع حقيقة إلى حادث فجائي ، وبذلك تندفع عنه التبعة ، وينقضي التزامه . بيد أن يتحمل هذه التبعة كاملة إذا كان الشيء مسروقاً متى كان هو السارق ، ذلك أن خطأه في ارتكاب جريمة السرقة لا يسقط عنه ولو بإقامة الدليل على أن الهلاك يرجع في الحقيقة إلى حادث فجائي " .

والعبارة الأخيرة من المذكرة الإيضاحية تشير إلى فرض استثنائي ، هو أن يكون المدين برد الشيء لصاً سرق هذا الشيء ، وقد التزم بالرد بسبب السرقة . فتبعة الهلاك في

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٢ – وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً (م ٢٨٣ من المشروع) يقضي بهذا الحكم على الوجه الآتي : " في الالتزام بنقل حق عيني ، إذا هلك الشيء أو ضاع أو خرج عن التعامل لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، التزم المدين أن يتنازل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن هذا الشيء " وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأن الحكم الوارد فيه حكم تفصيلي يكفي فيه تطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٩ هامش رقم ١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٢ .

هذه الحالة لا تكون على الدائن – مالك الشيء المسروق – كما كان المبدأ العام يقضي بذلك ، بل تكون على المدين وهو السارق ، لأن مصدر الدين هنا جريمة السرقة . وهذه الجريمة تبرر الخروج على المبدأ العام ، بل تبرر الخروج أيضاً على القاعدة التي تقضي بأن الهلاك يكون على الدائن ولو أعذر المدين إذا أثبت هذا أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه . فالسارق ، إذا هلك المسروق عنده قبل رده إلى مالكه ، يتحمل تبعة هلاكه دائماً ، أعذره المالك أو لم يعذره ، أثبت السارق أو لم يثبت أن المسروق كان يهلك كذلك عند المالك لو أنه رد إليه (١) .

المطلب الثالث

الالتزام بإنجاز عمل معين

٤٣٣ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٠٨ من التقنين المدني على ما يأتي:

" في الالتزام بعمل ، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين " .

وتنص المادة ٢٠٩ على ما يأتي :

" ١ – في الالتزام بعمل ، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا " .

" ٢ – ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء " .

وتنص المادة ٢١٠ على ما يأتي :

" في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام " (٢) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٧ .

(٢) تاريخ النص :

م ٢٠٨ : ورد هذا النص في المادة ٢٨٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، وأصبح رقمه ٢١٤ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٥ – ص ٥٢٦)

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢٢٢/١٥٩ والفقرة الثانية من المادة ١٧٤/١١٧ [1] . ولا تختلف أحكام التقنين السابق عن أحكام التقنين الجديد رغم اختلاف العبارة في النصوص .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٢٠٩ — ٢١١ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٤٩ — ٢٥٠ ، وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢١١ — ٢١٣ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني الفقرتين ١ و ٢ من المادة ٢٥٠ [2] .

— م ٢٠٩ : ورد هذا النص في المادة ٢٨٦ من المشروع التمهيدي بزيادة عبارة " ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه " في الفقرة الأولى . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، وأصبح رقمه ٢١٥ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة " ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه" من الفقرة الأولى ، لأن الدائن هو صاحب المصلحة فيجب أن يترك له التقدير فيما إذا كان المدين يجب عليه أن ينفذ الالتزام بنفسه أم لا ، وأصبح رقم المادة ٢٠٩ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٧ — ص ٥٢٨) .

م ٢١٠ : ورد هذا النص في المادة ٢٨٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: " ١ — في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت طبيعة الالتزام بذلك . ٢ — ويكون الأمر كذلك بوجه خاص إذا كان المدين ملزماً أن يقوم بإجراء يقتضيه تنفيذ التصرف " . وفي لجنة المراجعة أدخل تعديل لفظي طفيف ، وأصبح رقم المادة ٢١٦ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية لأنها تتضمن حكماً تطبيقياً لا حاجة إلى إفراد نص خاص به، وأصبح رقم المادة ٢١٠، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٩ — ص ٥٣١) .

(١) وقد كانت المادة ٢٢٢/١٥٩ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " لا يجوز الوفاء إلا من المتعهد مادام يظهر من كيفية التعهد أن مصلحة المتعهد له تستدعي ذلك " . وكانت الفقرة الثانية من المادة ١٧٤/١١٧ تجرى على الوجه الآتي : " ومع ذلك يجوز للدائن أن يتحصل على الإذن من المحكمة بعمل ما تعهد به المدين أو بإزالة ما فعله مخالفاً لتعهده مع إلزامه بالمصاريف ، وهذا وذاك مع مراعاة الإمكان بحسب الأحوال " .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٩ — ٢١١ : (مطابقة المواد ٢٠٨ — ٢١٠ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٤٩ : (مطابقة للمادة ٢٠٨ من التقنين المدني المصري) — م ٢٥٠ (مطابقة للمادة ٢٠٩ من التقنين المدني المصري) . ولا مقابل للمادة ٢١٠ من التقنين المدني المصري ، ولكن حكمها جائز التطبيق في القانون العراقي .

التقنين المدني الليبي م ٢١١ — ٢١٣ : (مطابقة للمواد ٢٠٨ — ٢١٠ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٠ : ١ — ولا تراعى هذه القاعدة (الوفاء عيناً) في موجبات الأداء فقط ، بل في موجبات الفعل وموجبات الامتناع أيضاً ٢ — ويحق للدائن أن يطلب من المحكمة الترخيص له في أن ينفذ بنفسه موجب العمل على حساب المديون . وتتفق أحكام التقنين اللبناني مع أحكام التقنين المصري رغم اختلاف العبارة .

٤٣٤ — أنواع ثلاثة للالتزام بإنجاز عمل معين :

ونرى من النصوص المتقدمة أن الالتزام بإنجاز عمل معين ، من حيث تدخل المدين الشخصي في تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً، أنواع ثلاثة : (١) أن يكون الالتزام ممكن التنفيذ عينا دون تدخل شخصي من المدين في هذا التنفيذ ، وهذا هو الأصل ، وتنص عليه المادة ٢٠٩ . (٢) أن يكون الالتزام غير ممكن التنفيذ عيناً دون تدخل شخصي من المدين ، وهذا استثناء يرد على الأصل من إحدى ناحيتيه ، ناحية تعذر الالتزام ، وتنص على المادة ٢٠٨ . (٣) أن تكون طبيعة الالتزام تسمح بأن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني ، وهذا استثناء يرد على الأصل من الناحية الأخرى ، ناحية إمكان تنفيذ الالتزام ، وتنص عليه المادة ٢١٠ .

٤٣٥ — الالتزام بإنجاز عمل معين ممكن التنفيذ عيناً دون تدخل المدين :

والأمثلة على ذلك كثيرة . بل هذا هو الأصل ، كما قدمنا . فإذا تعهد مقاول ببناء دار ، وامتنع من تنفيذ تعهده ، أمكن التنفيذ عيناً دون تدخله الشخصي . وإذا تعهد صانع بصنع شيء معين يمكن لصناع غيره أن يصنعوه ، أمكن كذلك التنفيذ عيناً دون تدخل المدين الشخصي . وإذا تعهد أمين النقل بنقل أشخاص أو أشياء ، أمكن تنفيذ التزامه عيناً دون تدخله ، وهكذا .

والبت فيما إذا كان التنفيذ العيني للالتزام ممكناً دون تدخل المدين الشخصي موكول إلى الدائن ، فهو الذي يرى ما إذا كان يكتفي بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين دون تدخله . وقد كان المشروع التمهيدي للمادة ٢٠٩ في فقرتها الأولى يجرى على الوجه الآتي : في الالتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، ولم يكن ضرورياً أن ينفذه ، جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين ، إذا كان هذا التنفيذ ممكناً " . فحذفت عبارة " ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه " ، " لأن الدائن هو صاحب المصلحة ، فيجب أن يترك له التقدير فيما إذا كان المدين يجب عليه أن ينفذ الالتزام بنفسه أم لا [1] " .

فإذا قدر الدائن أن طبيعة الالتزام تسمح بأن يكون التنفيذ كافياً حتى لو قام به غير المدين ، وامتنع المدين من التنفيذ ، استطاع الدائن أن يلجأ إلى القضاء ليطلب ترخيصاً في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين . ويكون الالتجاء إلى القضاء في صورة دعوى يطلب فيها الدائن الحكم بالتنفيذ العيني على نفقة المدين . فإذا قرر القاضي أن التنفيذ العيني ممكن بوساطة الغير ، حكم به وبأن يكون على نفقة المدين . فيستطيع المستأجر مثلا أن يطلب الحكم بإجراء إصلاحات عاجلة في العين المؤجرة على نفقة المؤجر ، وقد يكون ذلك بطريق

---

(١) وقد سبقت الإشارة إلى ذلك في تاريخ نص المادة ٢٠٩ (أنظر آنفاً فقرة ٤٣٣ في الهامش)

الاستعجال إذا وجد مقتضى لذلك ، ومتى صدر الحكم نفذه المستأجر بأن يتعاقد مع من يقوم بهذه الإصلاحات ويرجع بنفقاتها على المؤجر . وكذلك الأمر في تعهد المقاول ببناء الدار ، فإنه يجوز للدائن أن يتعاقد مع مقاول آخر – وذلك بعد الحصول على حكم بالتنفيذ العيني على نفقة المدين – فتبنى الدار ويرجع الدائن بنفقات البناء على المقاول الأول . وتطبق هذه القاعدة في كل التزام بإنجاز عمل يمكن لغير المدين تنفيذه تنفيذاً عينياً دون تدخل شخصي من المدين ، فيستصدر الدائن حكماً بتنفيذ هذا الالتزام على نفقة المدين [1] .

فإذا كان التنفيذ العيني لا يحتمل الإبطاء إلى أن يستصدر الحكم ، كما هي الحال في بعض صور الإصلاحات العاجلة بالعين المؤجرة ، جاز للمستأجر دون أن يستصدر حكماً أن يعهد إلى مقاول يقوم بهذه الإصلاحات العاجلة – ويحسن أن يكون ذلك بعد إعذار المؤجر – ثم يرجع بنفقة هذه الإصلاحات على المؤجر بدعوى يرفعها عليه يطالبه فيها بذلك، وهنا يبسط القاضي رقابته ليتثبت من أن الظروف كانت تبرر هذا التصرف الاستثنائي [2] ، ومن أن المصروفات التي أنفقت في إجراء هذه الإصلاحات العاجلة كانت في حدود معقولة فيحكم بها كلها على المؤجر ، أو أن فيها إسرافاً فيقضي بخفضها إلى الحد المعقول [1] .

---

(1) القضاء بتنفيذ العقد تنفيذاً عينياً على نفقة المقاول عملا بالمادة ٢٠٩ من القانون المدني مؤداه عدم استحالة تنفيذ العقد وبقاؤه نافذ الأثر بين طرفيه ، فيتحمل المقاول تبعته ويحاسب على نتيجته لا بالنسبة لما أتمه من أعمال فحسب ، بل بالإضافة إلى ما قد يكون رب العمل قد قام به من أعمال تكملة للأعمال المتفق عليها في العقد ، ذلك أن الأوضاع لا تستقر بين طرفي العقد إلا بعد المحاسبة على الأعمال التي قام بها المقاول وما عسى أن يكون رب العمل قد أتمه على أساس التنفيذ العيني للعقد .

(جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥ الطعن رقم ٤٥ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ص ٦١١) .

(2) ليس للدائن القيام بالتنفيذ العيني على نفقته بغير ترخيص من القضاء ، وما أجازته المادة ٢٠٩ من القانون المدني للدائن في حالة الاستعجال من القيام بهذا التنفيذ على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء إن هي إلا رخصة منحها المشرع للدائن ملحوظاً فيها مصلحته ولا يمكن مؤاخذته على استعمالها ، فإذا كان المطعون فيه قد اتخذ من عدم قيام المستأجر بالتنفيذ العيني – بإزالة أعمال التعرض من المؤجر على نفقته أو على نفقة المؤجر بغير ترخيص من القضاء دليلا على إساءة المستأجر استعمال الدفع بعدم التنفيذ – بالامتناع عن الوفاء بالأجرة – فإنه قد آخذه على عدم قيامه بعمل لا يجيزه القانون أو لا يستلزمه ويكون هذا التحليل من الحكم فاسداً ومنطويا على مخالفة القانون .

(جلسة ١٩٦٥/١١/١١ الطعن رقم ٣٥٠ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ١٠١٨) .

(١) ذلك أن الدائن عليه أن يتوحى أيسر الطرق كلفة وأقلها نفقة في تنفيذ التزام المدين . بل عليه أن يتعاون مع المدين عند نشوء الالتزام إلى أن يقضي . يتعاون مع المدين عند نشوء الالتزام ، وبخاصة إذا كان المعقود عليه يقتضي خبرة فنية توافرت عند الدائن دون المدين ، كعقود التأمين التي تبرم بين شركات التأمين وهي شركات فنية ، وعملائها ، وكثير منهم تنقصه الخبرة اللازمة ، فلا يكفي أن يمتنع الدائن في مثل هذه

وكل ما قدمناه منصوص عليه في المادة ٢٠٩ ، وقد سبق ذكرها .

٤٣٦ – الالتزام بإنجاز عمل معين غير ممكن التنفيذ عيناً دون تدخل المدين :

المدين : وخلافاً للأصل المتقدم ، قد يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن دون تدخل المدين الشخصي في هذا التنفيذ . ويرجع ذلك إما إلى الاتفاق فيشترط الدائن على المدين أن يقوم بتنفيذ الالتزام بنفسه ، وإما إلى طبيعة الالتزام ذاتها فهناك من الالتزامات ما تقتضي طبيعته أن يكون تنفيذه العيني على يد المدين شخصياً . مثل هذه الالتزامات الأخيرة أن يتعهد مغن أو ممثل بالغناء أو بالتمثيل في حفلة فتنفيذ التزامه يقتضي أن يغني أو يمثل هو بنفسه ، أو أن يتعهد رسام برسم لوحة فنية . أو نحات بصنع تمثال ، أو جراح معروف بإجراء عملية جراحية .

فإذا كان التنفيذ العيني للالتزام يقتضي تدخل المدين الشخصي على النحو المتقدم ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين نفسه ، كما نصت على ذلك المادة ٢٠٨ . فإذا

– الأحوال عن تضليل المدين ، بل يجب عليه أيضاً أن يرشده ويبصره بما هو مقدم عليه من شؤون التعاقد . ويتعاون الدائن مع المدين عند تنفيذ الالتزام . فعلى المستأجر مثلا أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ، كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة ، أو ينكشف عيب بها ، أو يقع اغتصاب عليها ، أو يعتدي أجنبي بالتعرض لها ، أو بإحداث ضرر بها (م ٥٨٥ مدني) . وإذا لم يخطر المشترى البائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة عليه في الوقت الملائم ، وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضي ، فقد حقه في الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق (م ٤٤٠ فقرة ٣ مدني) . وإذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد ، أنذره رب العمل بأن يعدل عن طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له (م ٦٥٠ فقرة أولى مدني) . وفي حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح الموكل (م ٧١٧ فقرة ٢ مدني) . وإذا تعاقد المؤلف مع الناشر ، وجب على المؤلف أن ييسر للناشر تنفيذ التزاماته بأن يسلمه الأصول في الوقت المناسب وأن يقوم بتصحيح التجارب (البروفات) دون إبطاء . وكما يجب على الدائن معاونة المدين ليسر له تنفيذ التزاماته ، كذلك يجب على المدين أن يخضع لرقابة الدائن حتى يستوثق هذا من دقة تنفيذ الالتزام ، كذلك يجب على المدين أن يخضع لرقابة الدائن حتى يستوثق هذا من دقة تنفيذ الالتزام . فإذا نص في العقد مثلا على أن يكون للعامل فوق الأجر المتفق عليه أو بدلا منه حق في جزء من أرباح رب العمل ، أو في نسبة مئوية من جملة الإيراد أو من مقدار الإنتاج أو من قيمة ما يتحقق من وفر أو ما شاكل ذلك ، وجب على رب العمل أن يقدم إلى العامل بعد كل جرد بيانا بما يستحقه من ذلك . ويجب على رب العمل فوق هذا أن يقدم إلى العامل ، أو إلى شخص موثوق به يعينه ذوو الشأن أو يعينه القاضي ، المعلومات الضرورية للتحقق من صحة هذا البيان ، وأن يأذن له في ذلك بالاطلاع على دفاتره (م ٦٩١ مدني) . (أنظر في مبدأ التعاون بين الدائن والمدين وتطبيقات هذا المبدأ وفي رقابة الدائن على المدين ديموج ٦ فقرة ١٢ – فقرة ٣٠) .

امتنع المدين من أن يقوم بنفسه بتنفيذ التزامه ، كان للدائن أحد طريقين : (أولهما) أن يلجأ إلى طريق التهديد المالي (astreintes) ، وسنبسط أحكام هذه الطريق تفصيلا فيما يلي . (والثاني) أن يطالب المدين بالتعويض النقدي لتعذر التنفيذ العيني . وقد يكون هناك شرط جزائي متفق عليه بينهما ، فيطالب الدائن بتنفيذه طبقاً لأحكام الشرط الجزائي التي سنبسطها في مكان آخر [1] .

٤٣٧ – الالتزام بإنجاز عمل معين يقوم حكم القاضي مقام تنفيذه:

وهناك نوع من الالتزامات بإنجاز عمل معين تسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني . وقد نصت المادة ٢١٠ على هذا النوع من الالتزامات ، فجعلت حكم القاضي فيه هو التنفيذ العيني . وأكثر الأمثلة شيوعاً في ذلك هو التزام البائع بالتصديق على إمضائه في عقد البيع تمهيدا لتسجيل العقد . فإن امتنع البائع عن تنفيذ التزامه ، جاز للمشترى أن يطلب الحكم بإثبات صحة التوقيع [1] ، فيكون الحكم الصادر بذلك بمثابة تصديق على الإمضاء يمكن بعده تسجيل عقد البيع . وإذا وقع نزاع في صحة البيع نفسه ، جاز الحكم بثبوت صحة البيع ، ويكون هذا الحكم بمثابة عقد مصدق فيه على الإمضاء . فيسجل .

كذلك في الوعد بالتعاقد ، إذا أظهر الموعود له رغبته في أن يتم التعاقد ، وامتنع الواعد من إمضاء العقد ، كان للموعود له أن يستصدر حكماً بإثبات التعاقد ، ويقوم هذا الحكم مقام الموعود بإبرامه [2] .

كذلك في التزام الدائن المرتهن بشطب الرهن بعد سداد الدين ، إذا امتنع الدائن من التقدم إلى قلم كتاب المحكمة لإجراء هذا الشطب ، جاز للمدين أن يستصدر حكماً يقوم مقام التنفيذ العيني ويشطب بمقتضاه الرهن .

---

(١) وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " إذا كان الالتزام الواجب تنفيذه التزاماً بعمل، فينبغي التفريق بين حالة ضرورة قيام المدين نفسه بالوفاء وحالة انتفاء هذه الضرورة . ففي الحالة الأولى يتعين على المدين أن يتولى أداء ما التزم به شخصياً كما إذا كان ممثلا أو مغنياً أو مصوراً ، فإن امتنع عن ذلك كان للدائن أن يلجأ للغرامات التهديدية أو التعويض النقدي عند عدم اشتراط جزاء " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٧) .

(1) دعوى صحة التوقيع هي دعوى تحفظية الغرض منها إثبات أن التوقيع الموضوع على المحرر هو توقيع صحيح صادر من يد صاحبه ، ويكفي لقبول الدعوى وفقا لما تقضي به المادة الثالثة من قانون المرافعات أن يكون لرافعها مصلحة قائمة يقرها القانون .

(جلسة ١٩٧٤/١١/١٩ الطعن رقم ٢٥٧ لسنة ٣٩ ق س ٢٥ ص ١٢٥٠) .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ١٣٩ .

وإذا أفرغ الوعد بإجراء رهن رسمي في الشكل الرسمي الواجب ، وفقاً للفقرة الثانية من المادة ١٠١ ، وامتنع الواعد بعد ذلك من تنفيذ وعده بإجراء الرهن ، جاز للدائن أن يستصدر حكماً يقوم مقام التنفيذ العيني ، ويقيد هذا الحكم فيكون لقيده جميع آثار الرهن . وهذا بخلاف ما إذا كان الوعد بإجراء الرهن الرسمي لم يفرغ في الشكل الرسمي الواجب ، فإن تنفيذه في هذه الحالة لا يكون إلا عن طريق التعويض [1] .

المبحث الثالث

الالتزام بالامتناع عن عمل
(obligation de ne pas faire)

٤٣٨ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢١٢ من التقنين المدني على ما يأتي:

" إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام . وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين " [2] .

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ١٣٥ – وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني أحيانا ، رغم ضرورة وفاء المدين نفسه بما التزم به . فإذا امتنع البائع مثلا عن التصديق على إمضائه في عقد البيع ، فلم يتيسر التسجيل ، جاز للمشترى أن يستصدر حكماً بصحة التعاقد ، فيكون هذا الحكم بمثابة العقد ، وتنتقل ملكية العقار المبيع بمقتضاه عند تسجيله. وكذلك إذا وعد شخص بإبرام عقد وامتنع عن الوفاء بوعده ، جاز للمحكمة أن تحدد له ميعاداً لتنفيذ ، فإذ لم يقم بالوفاء في خلال هذا الميعاد ، حل حكم القضاء محل العقد المقصود إبرامه . ففي كل من هذين التطبيقين يقوم الحكم مقام التنفيذ العيني ويغني عنه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٩ – ص ٥٣٠) . أنظر أيضا المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٧ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا وعد شخص بضمان المقترض وامتنع عن تنفيذ وعده ، جاز للمقرض أن يستصدر حكماً ضد الواعد يقوم مقام الضمان (١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٠)، وقضت أيضاً بأنه إذا امتنع البائع عن إمضاء عقد البيع النهائي ، فالحكم يقوم مقام العقد النهائي وبسجل فتنتقل الملكية (٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦) – وأنظر أيضا : استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٥٧ ص ١٦٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل ، وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام . وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين ، وفي حالة الاستعجال يكون له أن يزيل المخالفة دون ترخيص ". وفي لجنة المراجعة حذفت العبارة الأخيرة " وفي حالة الاستعجال . ." لأن هذا –

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق الفقرة الثانية من المادة ١٧٤/١١٧ [(١)] ولا فرق في الحكم بين التقنينين الجديد والقديم .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢١٣ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٥٢ ، وفي التقنين المدني الليبـــي المادة ٢١٥ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٥٠ فقرة ٣ [(٢)] .

٤٣٩ – أمثلة للالتزام بالامتناع عن عمل : والالتزام بالامتناع عن عمل له أمثلة كثيرة . فبائع المتجر قد يلتزم بعدم منافسة المشتري في المتجر الذي باعه منه، فيكون التزامه بعدم المنافسة التزاماً بالامتناع عن عمل . وإذا استخدم مهندس في مصنع ، وتعهد المهندس ألا يعمل في مصنع منافس ، فهذا أيضاً التزام بالامتناع عن عمل. ومقدم العمال إذا التزم ألا يقدم عمالا غير منتمين لنقابتهم يكون قد التزم بالامتناع عن عمل . والممثل أو المغني إذا تعهد ألا يمثل أو ألا يغني في غير مسرح معين يكون قد التزم بالامتناع عن عمل . كذلك البائع والمؤجر يتعهد كل منهما بعدم التعرض للمشتري أو للمستأجر ، فهذا التزام بالامتناع عن عمل . وفي كل هذه الأمثلة نرى الالتزام بالامتناع عن عمل مصدره العقد .

وقد يكون مصدر هذا الالتزام هو القانون. فالجار ملتزم ألا يضر بجاره ضرراً فاحشاً، فهذا الالتزام قانوني بالامتناع عن عمل . والطبيب والمحامي ملتزمان بعدم إفشاء سر المهنة ، والتزامهما مصدره القانون . والالتزام بعدم الإثراء على حساب الغير التزام قانوني بالامتناع عن عمل ، يترتب على الإخلال به مسئولية الإثراء بلا سبب .

= الحكم قد يوقع في اضطراب يحسن تجنبه ، وأصبح رقم المادة ٢١٨ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢١٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٤ – ص ٥٣٦) .

(١) كانت الفقرة الثانية من المادة ١٧٤/١١٧ من التقنين المدني السابق – كما رأينا – تجرى على الوجه الآتي : " ومع ذلك يجوز للدائن أن يتحصل على الإذن من المحكمة بعمل ما تعهد به المدين أو بإزالة ما فعله مخالفاً لتعهده مع إلزامه بالمصاريف ، وهذا وذلك مع مراعاة الإمكان بحسب الأحوال " .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢١٣ : (مطابقة للمادة ٢١٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٥٢ : إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل ، وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام مع التعويض إذا كان له محل . (ولم يرد في نص التقنين العراقي أن يطلب الدائن من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين ، ولكن ليس في المبادئ العامة للتقنين العراقي ما يمنع من هذا الطلب) .

التقنين المدني الليبـــي م ٢١٥ : (مطابقة للمادة ٢١٢ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٠ فقرة ٣ : كما يحق له أن يطلب إزالة ما أجري خلافاً لموجب الامتناع ، وذلك على حساب المديون . (ولا فرق في الحكم بين التقنينين اللبناني والمصري) .

والالتزام بالامتناع عن عمل ، كالالتزام بنقل حق عيني ، هو التزام بتحقيق غاية . ومن ثم يكون الالتزام بعدم الإضرار بالغير عن خطأ ، وهو التزام ببذل عناية ، ليس التزاماً بالامتناع عن عمل ، إذ هو في حقيقته التزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، فهو التزام بعمل [(١)] .

٤٤٠ – الإخلال بالالتزام بالامتناع عن عمل : ومادام المدين ممتنعاً عن العمل الذي التزم بالامتناع عنه ، فهو قائم بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً . ويتغير الموقف إذا أخل بهذا الالتزام ، وأتى العمل الممنوع . عند ذلك لا يكون هناك مجال إلا للتعويض. أما التنفيذ العيني نفسه فقد أصبح مستحيلاً بمجرد الإخلال بالالتزام [(٢)] .

وقد لا يمكن إلا التعويض النقدي . مثل ذلك إذا أفشى المحامي أو الطبيب سر المهنة. في مثل هذه الحالة لا يكون أمام الدائن إلا أن يطالب بتعويض نقدي .

وقد يكون التعويض عينياً لا نقدياً ، ويتم ذلك بإزالة المخالفة التي وقعت إخلالا بالالتزام . والفرق بين التنفيذ العيني والتعويض العيني أن الأول يكون قبل وقوع الإخلال بالالتزام فيكون هناك تنفيذ عيني للالتزام عن طريق عدم الإخلال به ، والثاني يكون بعد وقوع الإخلال بالالتزام فإزالة المخالفة تكون هي التعويض العيني . مثل ذلك أن يضر الجار بجاره ضرراً فاحشاً بإقامة حائط يسد عليه منافذ النور والهواء ، عند ذلك يجوز الدائن أن يطلب التعويض العيني بإزالة هذا الحائط ، فإذا امتنع المدين عن الإزالة ، جاز للدائن أن يطلب من القضاء إزالة الحائط على نفقة المدين [(٣)] . وهذا ما تنص عليه المادة ٢١٢ وقد تقدم ذكرها . ويلاحظ هنا أن الدائن لا يحق له ، حتى في حالة الاستعجال ، أن يقوم بالإزالة دون استصدار حكم على أن يرجع إلى القضاء بعد ذلك ، خلافاً لما رأيناه في الالتزام بنقل حق عيني وفي الالتزام بعمل حيث يكون له هذا الحق . ذلك أن إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام بالامتناع عن عمل أمر لا يخلو من العنف ، فلا يصح للدائن أن يتولاه بنفسه دون استصدار حكم بذلك ، وهنا نرى المبدأ القاضي ألا يستأدي الدائن حقه (se faire justice) يطبق تطبيقاً دقيقاً . وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً يبيح للدائن أن

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٤ في الهامش .

(٢) هذا إذا كان العمل الممنوع عملا واحداً لا يتكرر . أما إذا كان عملا يتكرر ، فللقاضي أن يأمر باتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع تكرار الإخلال بالالتزام ، إذا كان هذا ممكناً . وفي هذه الحالة يكون ثمة تنفيذاً عينياً للالتزام عن المستقبل (دموج ٦ فقرة ١٤٥ ص ١٥٢) .

(٣) وليس من الضروري أن يجيب القاضي الدائن إلى طلبه ، بل للقاضي سلطة التقدير ، وقد يرى من المناسب الاقتصار على الحكم بتعويض نقدي (أنظر في هذا المعنى دموج ٦ فقرة ١٤٦ ص ١٥٥) .

يزيل ما وقع مخالفاً للالتزام دون استصدار حكم بذلك على أن يرجع إلى القضاء بعد إزالة المخالفة ، ولكن هذا النص حذف في لجنة المراجعة للاعتبارات المتقدمة الذكر [1] .

وكثيراً ما يكون هذا التعويض العيني غير كاف لتعويض الضرر تعويضاً كاملاً ، فيضاف إليه تعويض نقدي . ففي مثل الحائط الذي أقامه الجار إضراراً بجاره وأزيل على نفقته بحكم من القضاء ، يلاحظ أن الإزالة وحدها قد لا تكفى إذ يغلب أن يكون الجار قد أصابه ضرر من قيام الحائط المدة التي كان فيها قائماً ، وهذا الضرر لا علاج له إلا بالتعويض النقدي ، فيحكم القاضي بإزالة الحائط وبتعويض نقدي عما حدث من الضرر للجار إذا كان هناك مقتضى لذلك .

ويلاحظ أخيراً أن التعويض العيني ، حتى إذا كان ممكنا ، قد يكون مرهقا للمدين ولا ينجم عن الاقتصار على التعويض النقدي ضرر جسيم يلحق الدائن . مثل ذلك أن يقيم الجار بناء فيجور بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، فللمحكمة في هذه الحالة ، بدلا من أن تأمر بإزالة البناء ، أن تقتصر على تعويض صاحب الأرض الملاصقة تعويضاً نقدياً ، بأن ينزل هذا عن ملكية الجزء المشغول بالبناء في نظير تعويض عادل (م ٩٢٨ مدني) وقد سبق تفصيل ذلك [2] .

ويصح أيضاً الالتجاء إلى طريق التهديد المالي إذا تكرر الإخلال بالالتزام ، أو كان هذا الإخلال مستمراً ، وذلك إلى أن يزيله المدين بنفسه .

---

(1) انظر آنفاً، في تاريخ نص المادة ٢١٢ ، فقرة ٤٣٨ في الهامش .

(2) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل ، فمجرد إخلاله بالتزامه يرتب مسئوليته ، ويكون بذلك ملزماً بأداء تعويض نقدي . وقد يكون الوفاء العيني (اقرأ التعويض العيني) ممكناً من طريق إزالة ما استحدث إخلال بالالتزام . وفي هذه الحالة يكون للدائن أن يستصدر إذناً من القضاء بأن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين . وأخيراً تحسن الإشارة إلى أمرين أولهما جواز الجمع بين التنفيذ (التعويض) العيني والتعويض النقدي عند أول إخلال يقع من المدين ، والثاني جواز العدول عن التنفيذ (التعويض) العيني ولو كان ممكناً والاكتفاء بالتعويض النقدي وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٢٧٩ (م ٢٠٣ فقرة ٢ مدني) إذا كان يصيب المدين من جراء التنفيذ على هذا الوجه ضرر فادح " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٥) . أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٨ .

الفرع الثاني

وسائل التنفيذ العيني

٤٤١ – كيف يكون التنفيذ العيني : رأينا فيما تقدم أن التنفيذ العيني قد يكون اختيارياً يقوم به المدين طوعاً ، وهذا هو الوفاء (paiement) ، وسنبسط أحكامه عند الكلام في انقضاء الالتزام في الجزء الثالث من هذا الكتاب .

وقد يكون التنفيذ العيني جبراً على المدين . وهنا تختلف وسائله :

(١) فأكثر ما يكون بالتنفيذ القهري ، فتقوم السلطة العامة بإجبار المدين على تنفيذ التزامه . والسلطة العامة لها أعوان تزودهم بالسلطة اللازمة لهذا الإجبار . وأهم هؤلاء الأعوان هم المحضرون . فإذا كان لدى المدين سند تنفيذي بحقه ، وامتنع المدين عن أداء هذا الحق طوعاً ، استطاع الدائن أن يكلف أحد المحضرين بإجبار المدين على التنفيذ قهراً (manu militari) ، كأن يجبره على تسليم الأرض التي التزم بتسليمها للدائن . والغالب أن يكون التنفيذ القهري عن طريق الحجز على أموال المدين .

(٢) وقد يقوم الدائن نفسه بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان تدخل المدين الشخصي غير ضروري في هذا التنفيذ ، ويرجع الدائن بعد ذلك إلى القضاء على النحو الذي فصلناه فيما تقدم .

(٣) وقد يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني إذا سمحت طبيعة الالتزام بذلك ، كما رأينا في الالتزام بالتصديق على الإمضاء ونحوه مما سبق بيانه .

(٤) وقد يتكفل القانون نفسه بإجراء التنفيذ العيني فتنتقل ملكية العين المعينة إلى الدائن بحكم القانون في الالتزام بنقل الملكية ، كما رأينا فيما مر .

وهناك وسيلتان أخريان للتنفيذ العيني لم يسبق لنا تفصيلهما ، فنفردهما الآن بالبحث ، وهما : (أولاً) الإكراه البدني (ثانياً) التهديد المالي .

المبحث الأول

الإكراه البدني

(Contrainte par corps)

٤٤٢ – التنفيذ عن طريق الإكراه البدني وتطوره – القانون الروماني والقانون الفرنسي : كان المدين في العصور القديمة يلتزم بالدين في جسمه لا في ماله . فكان القانون الروماني القديم يبيح للدائن أن يتملك المدين الذي لا يفي بدينه ، فيسترقه ، بل ويقتله . ثم تطور القانون الروماني ، فلم يصبح للدائن إلا حق حبس المدين وإجباره على العمل لمصلحته . ثم تحول الالتزام من الجسم إلى المال ، فلم يصبح للدائن إلا حق التنفيذ على أموال المدين .

على أن حبس المدين في الدين ، كإجراء تهديدي للضغط عليه وإجباره على الوفاء بدينه إذا كان قادراً على ذلك ، بقي مدة طويلة ، وانتقل إلى التقنين المدني الفرنسي نفسه فنصت المواد ٢٠٥٩ إلى ٢٠٧٠ من هذا التقنين على التنفيذ بطريق الإكراه البدني ، وفي أي الديون يكون ذلك [1] . ونصت المواد ١٢٦٥ إلى ١٢٧٠ من التقنين المدني الفرنسي على طريقة يتفادى بها المدين الإكراه البدني ، وهي النزول عن جميع أمواله (cession de biens) يستولي الدائنون على ريعها ويبيعونها لاستيفاء حقوقهم ، ولا تبرأ ذمة المدين إلا بقدر ما استوفى الدائنون من هذه الحقوق .

وبقي الأمر عل هذه الحال في القانون الفرنسي حتى ألغي التنفيذ بطريق الإكراه البدني في المواد المدنية والتجارية بقانون ٢٢ يوليو سنة ١٨٦٧ ، ولم يبق له تطبيق إلا في المواد الجنائية [2] .

(١) كان الحبس يجوز في بعض الديون المدنية التي تتسم بطابع الغش ، وفي جميع الديون التجارية إذا بلغ الدين مائتين من الفرنكات (قانون ١٥ جرمينال السنة السادسة للثورة وقانون ١٧ أبريل سنة ١٨٣٢)، وفي المواد الجنائية . وكان أهم غرض يتوخى من الإكراه البدني هو الضغط على المدين القادر على الوفاء بدينه يخرج ما أخفى من ماله ، أو على كل حال حتى يعاونه أهله على الوفاء بدينه .

(٢) وذلك في الغرامة (amende) والرد (restitution) والتعويضات (dommages-intérêts) والمصروفات (frais) . فكل تعويض عن جريمة يجوز حبس المدين للوفاء به ، حتى لو كانت المحكمة التي قضت بالتعويض هي محكمة مدنية ، بشرط أن يصدر حكم بإدانة المدين من محكمة جنائية (كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٣٠٧) .

٤٤٣ – التنفيذ عن طريق الإكراه البدني في القانون المصري : أما في القانون المصري فالإكراه البدني ، سواء في التقنين السابق أو التقنين الجديد ، غير جائز . ذلك أن فكرة الإكراه البدني – حتى باعتبارها وسيلة للضغط على المدين القادر على الوفاء – تخالف المبادئ المدنية الحديثة . فالمدين يلتزم في ماله لا في شخصه ، وجزاء الالتزام تعويض لا عقوبة . فحبس المدين في الدين رجوع بفكرة الالتزام إلى عهدها الأول ، حيث كان المدين يلتزم في شخصه ، وحيث كان القانون الجنائي يختلط بالقانون المدني فيتلاقى معنى العقوبة مع معنى التعويض في الجزاء الواحد [1] .

على أن الإكراه البدني في القانون المصري – ولو أنه غير جائز في المواد المدنية والمواد التجارية – جائز في بعض المواد الشرعية وفي المواد الجنائية .

٤٤٤ – الإكراه البدني في دين النفقة والحضانة والرضاع والمسكن: نصت المادة ٧٦ مكرر من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ والمضافة بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠ (تقابلها المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة) على أنه " إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم النهائي الصادر في دعاوى النفقات والأجور وما في حكمها ، جاز للمحكوم له أن يرفع الأمر إلى المحكمة التي أصدرت الحكم أو التي يجرى التنفيذ بدائرتها ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بأداء ما حكم به وأمرته بالإدلاء ولم يمتثل ، حكمت بحبسه مدة لا تزيد على ثلاثين يوماً " .

فإذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلا يقبله الصادر لصالحه الحكم فإنه يخلى سبيله وذلك كله دون إخلال بحق المحكوم له في التنفيذ بالطرق العادية .

ولا يجوز في الأحوال التي تطبق فيها هذه المادة السير في الإجراءات المنصوص عليها في المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات ما لم يكن المحكوم له قد استنفد الإجراءات المشار إليها في الفقرة الأولى .

وإذا نفذ بالإكراه البدني على شخص وفقاً لحكم هذه المادة ، ثم حكمت عليه بسبب الواقعة ذاتها بعقوبة الحبس طبقاً للمادة (٢٩٣) من قانون العقوبات. استنـــزلت مدة الإكراه

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٦ – أما في الفقه الإسلامي – في المذهب الحنفي – فيرى أبو حنيفة عدم جواز بيع مال المدين عليه وفاء لديونه ، لأن في البيع الجبري إهداراً لآدميته ، ولكن يحبس المدين في الدين على سبيل التعزير . ويرى الصاحبان بيع مال المدين عليه ، وقولهما هو المفتى به في المذهب . راجع في حبس المدين في الدين في القانون اللبناني الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون اللبناني ص ٥٣ – ص ٥٤ .

البدني الأولى من مدة الحبس المحكوم بها . فإذا حكم عليه بغرامة خفضت عند التنفيذ عقب[ا] خمسة جنيهات عن كل يوم من أيام الإكراه البدني الذي سبق إنفاذه عليه .

ويستخلص من هذا النص أن حبس المدين في الدين جائز بالشروط الآتية :

(١) أن يكون الحكم المراد تنفيذه صادراً في نفقة أو في أجرة حضانة أو رضاع [أو] مسكن .

(٢) أن يكون المحكوم عليه قادراً على القيام بما حكم به ، وقد أمرته المحكمة بذلك فلم يمتثل . ويؤخذ من هذا الشرط أن الحبس ليس إلا وسيلة للضغط على المدين القادر على الوفاء بديونه ، وإنما يمتنع عن الوفاء تعنتاً ، فالحبس يراد به التغلب على هذا التعنت من جانب المدين .

(٣) أن يصدر حكم بحبس المدين من المحكمة الجزئية التي بدائرتها محل التنفيذ [أو] المحكمة التي أصدرت الحكم .

(٤) ألا تزيد مدة الحبس على ثلاثين يوماً ، يخلى سبيله بعد انتهائها ، أو قبل انتهائها إذا أثمر الضغط على المدين فأدى ما حكم به أو أحضر كفيلا .

ويلاحظ أن حبس المدين في هذه الحالة لا يعفيه من تنفيذ الحكم عليه بطريق الحج[ز] على ماله . فالحبس إذن ليس إلا إكراهاً بدنياً غير مبرئ للذمة .

٤٤٥ — الإكراه البدني في المسائل الجنائية : نصت المادة ٥١١ من تقن[ين] الإجراءات الجنائية معدلة بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ على أنه " يجوز الإكراه البد[ني] لتحصيل المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضي بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة ، ويكون [هذا] الإكراه بالحبس البسيط ، وتقدر مدته باعتبار يوم واحد عن كل خمسة جنيهات أو أقل .

والمبالغ الناشئة عن الجريمة المقضي بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة هي : (١) الغرامة . (٢) المصاريف والرد والتعويضات للحكومة . ولابد أن تكون هذه المبالغ ناش[ئة] عن الجريمة ، ولو كانت المحكمة التي أصدرت الحكم الجنائي لجنة إدارية لها اختصا[ص] قضائي. فإذا قضي ببراءة المتهم مع الحكم بالتعويض ، أو حكم بتعويض مدني من محك[مة] مدنية دون حكم جنائي بالعقوبة من محكمة جنائية ، أو نال المحكوم عليه عفواً أو إع[ادة] اعتبار ، أو سقطت العقوبة بمضي المدة (م ٥٣٤ إجراءات جنائية) ، فلا تكون المبالغ في [هذه] الحالات ناشئة عن الجريمة ولا يجوز فيها الإكراه البدني . كذلك لا يحكم بالإكراه البد[ني] على من تقل سنه عن خمس عشرة سنة وقت ارتكاب الجريمة ولا على من حكم [عليه مع] وقف التنفيذ (م ٥١٢ إجراءات جنائية). أما التعويضات الواجبة لمدعى مدني غير المحكو[م]

فيجوز لاستيفائها صدور حكم من محكمة الجنح التي بدائرتها محل المحكوم عليه بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور ، إذا ثبت للمحكمة قدرة المدين على الوفاء وأمرته فلم يمتثل . وهذا بخلاف المبالغ المقضي بها للحكومة فلا يشترط فيها لا اليسار ولا صدور حكم .

والإكراه البدني في الغرامة يبرئ ذمة المدين : خمسة جنيهات عن كل يوم ، فالإكراه البدني هنا هو إحلال عقوبة الحبس محل عقوبة الغرامة . أما الإكراه البدني في المصروفات والرد والتعويضات ، سواء للحكومة أو لغيرها ، فإنه لا يبرئ ذمة المدين ، وإنما هو مجرد ضغط عليه لإجباره على الوفاء . ومن ثم يجوز التنفيذ على ماله بعد الإكراه البدني .

ويجوز إبدال الحبس بعمل يدوي أو صناعي (م ٥٢٠ إجراءات جنائية) ، فيستنزل من المبالغ المستحقة للحكومة من الغرامة والمصاريف والرد والتعويضات ما يقابل شغل المحكوم عليه باعتبار مبلغ خمسة جنيهات عن كل يوم (م ٥٢٣ إجراءات جنائية) . ونرى من ذلك أن الحبس إذا كان لا يبرئ الذمة في المصروفات والرد والتعويضات المستحقة للحكومة ، فإنه إذا استبدل به عمل يدوي أو صناعي كان هذا العمل مبرئاً للذمة على النحو المتقدم [(١)] .

المبحث الثاني

التهديد المالي *

(Les astreintes)

٤٤٦ — النصوص القانونية: تنص المادة ٢١٣ من التقنين المدني على ما يأتي:

" ١ — إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك " .

---

(١) أنظر في الإكراه البدني في المواد الجنائية الأستاذ على زكي العرابي في المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية جز ٢ فقرة ٩٣٨ — فقرة ٩٧٤ .

* مراجع : ماسان (Massin) في التنفيذ الجبري للالتزام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمل رسالة من باريس سنة ١٨٩٣ — كرواسان (Croissant) في التهديد المالي رسالة من باريس سنة ١٨٩٨ — تيرلان (Turlan) في التهديد المالي رسالة من تولوز سنة ١٩٢٥ — جليز (Gleizes) في التهديد المالي رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٥ — كينيو (Cunéo) في التهديد المالي رسالة من باريس سنة ١٩٥٠ — كيزر (Kayser) مقال في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٥٣ ص ٢٠٩ وما بعدها.

" ٢ — وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة " .

وتنص المادة ٢١٤ على ما يأتي :

" إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ ، حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين ، مراعيا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين " (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن أحكام التهديد المالي كما هي مبسوطة في التقنين المدني الجديد كان معمولا بها قضاء في عهد التقنين السابق ، وليست نصوص التقنين الجديد إلا تقنيناً لأحكام هذا القضاء (٢) .

---

(١) تاريخ النص :

م ٢١٣ : ورد هذا النص في المدتين ٢٩٠ و ٢٩١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليهما لجنة المراجعة تحت رقمي ٢١٩ و ٢٢٠ من المشروع النهائي . ووافق عليهما مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ أدمجت المادتان في مادة واحدة وأصبح رقمها ٢١٣ ، وفسرت عبارة " غير ملائم " بالممثل الذي التزم بعدم التمثيل على مسرح آخر ثم أخل بالتزامه، فالتنفيذ العيني هنا ممكن ولكنه غير ملائم . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٦ — ص ٥٣٨) .

م ٢١٤ : ورد هذا النص في المادة ٢٩٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد فيما عدا أن المشروع التمهيدي اشتمل على لفظ " نهائيا " بعد عبارة " حدد القاضي " ، واستعمل لفظ " التعنت " بدلا من لفظ " العنت " . وأقرت لجنة المراجعة المشروع التمهيدي بعد حذف لفظ "نهائيا". وقد تساءل أحد الأعضاء في اللجنة هل الحكم بالغرامة التهديدية يكون قابلا للتنفيذ إذا كان صادراً من محكمة آخر درجة أو كان الحكم الأصلي مشمولا بالنفاذ المعجل ؟ وبعد المناقشة استقر رأي اللجنة على أن الحكم بالغرامة التهديدية بالنسبة إلى الحكم بالتعويض العادي تنحصر في أن التحديد النهائي للتعويض في حالة الغرامة التهديدية يلحظ فيه التعنت الذي يبدو من المدين ، هذا إلى أنه إذا أصر المدين على رفض التنفيذ كان هذا كافياً ليحدد القاضي نهائياً مقدار التعويض . وأصبح رقم المادة (هو ٢٢١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، وكذلك لجنة مجلس الشيوخ بعد استبدال لفظ " العنت " بلفظ "التعنت" ، وأصبح رقم المادة هو ٢١٤ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٩ — ص ٥٤١) .

(٢) وكان القضاء المصري في عهد التقنين السابق — كالقضاء الفرنسي حتى الآن — يجري أحكام التهديد المالي دون نص تشريعي . وعانى القضاء المصري ، كما يعاني القضاء الفرنسي ، في سبيل التماس سند تشريعي يكن موجوداً . فقنن التقنين المدني الجديد هذا القضاء في النصوص التي تقدم ذكرها ، فارتكز نظام التهديد المالي في التقنين الجديد على أساس تشريعي واضح . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي الصدد ما يأتي : " من المعلوم أن القضاء المصري كثيراً ما عانى في سبيل التماس سند من التشريع العرامات التهديدية . وإزاء ذلك عمد المشروع إلى إقرار هذا النظام إقراراً تشريعياً، فاختصه

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢١٤ — ٢١٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٥٣ — ٢٥٤ ، وفي التقنين المدني الليبـــي المادتين ٢١٦ — ٢١٧ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٥١ (١)

= ليست في حقيقتها إلا تقنيناً لما انتهى إليه القضاء في هذا الشأن . ويقصد من أعمال نظام الغرامات التهديدية إلى حمل المدين على الوفاء عيناً بالتزام يمتنع تنفيذه بغير تدخله شخصياً ، فإذا امتنع المدين عن الوفاء بمثل هذا الالتزام ، حكم القاضي عليه بغرامة تهديدية ليثنيه عن عناده ، وعلى أن يعيد النظر في حكمه عندما يستبين ما استقر عليه رأي المدين . ويعتبر القاضي في تقدير التعويض النهائي بما يكون من أمر ممانعة المدين في التنفيذ تعنتاً وعناداً من غير مقتض " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٨) .

وتقول المذكرة الإيضاحية أيضاً في موضع آخر : " لعل أهم ما عيب على نظام الغرامات التهديدية ، في وضعه الراهن ، أنه لا يستند إلى نص من نصوص التشريع ، بل هو وليد اجتهاد القضاء . وقد قصد المشروع إلى تدارك هذا العيب ، فأورد هذه المواد الثلاث باعتبارها سنداً تشريعياً يركن إليه عند التطبيق ، وهي بعد ليست إلا تقنيناً لما جرى عليه القضاء من قبل " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٩) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢١٤ — ٢١٥ : (مطابقتان لنص المادتين ٢١٣ و ٢١٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٥٣ : مطابقة في الحكم للمادة ٢١٣ من التقنين المصري ، إلا أن المادة ٢٥٣ من التقنين العراقي لم تورد الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ من التقنين المصري التي تجيز للقاضي أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة — ولكن لا يوجد ما يمنع القاضي العراقي من زيادة الغرامة التهديدية إذ رأى داعياً لذلك ، فإن هذه هي طبيعة الغرامة التهديدية بالرغم من عدم ورود نص في هذا الشأن : أنظر الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٨ ص ٢٤ — ويذهب الدكتور الذنون إلى أن وسيلة التهديد المالي لا تنسجم مع روح القانون ولا مع قواعـــد العدالة أنظر ص ٢٥) .

م ٢٥٤ : (مطابقة في الحكم للمادة ٢١٤ من التقنين المصري ، وتكاد تكون مطابقة لها في اللفظ أيضاً) .

التقنين المدني الليبـــي م ٢١٦ — ٢١٧ : مطابقتان للمادتين ٢١٣ — ٢١٤ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥١ : غير أنه لا يمكن تطبيق هذه المعاملة (التنفيذ العيني) على الموجبات التي يستلزم إيفاؤها عينا قيام المديون نفسه بالعمل . فيحق للدائن حينئذ أن يطلب الحكم على المديون بغرامة عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر يتأخر فيه أو كل نكول يرتكبه ، رغبة في إكراه المديون المتمرد وإخراجه من الجمود . وبعد تنفيذ الموجب عيناً يحق للمحكمة أن تعفي من الغرامة أو أن تبقي منها ما يعوض الدائن من الضرر الذي لحقه بسبب الامتناع غير المشروع الذي بدا من المديون. (والحكم واحد في التقنين اللبناني والتقنين المصري رغم اختلاف العبارة — ويقول الأستاذ صبحي المحمصاني في كتابه آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٧ أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ مصري " زيادة الغرامة التهديدية إذا وجد داع للزيادة " وإن لم ترد صراحة في القانون اللبناني ، إلا أنها تدخل دلالة في معنى الغرامة التهديدية التي هي بطبيعتها حكم موقوت تتوقف نتيجته على موقف المدين النهائي إزاء التنفيذ العيني المطلوب ، لذلك كانت الغرامة قابلة للتعديل بحسب ما يراه القاضي ضرورياً لتنفيذ الغاية المقصودة ، وهي إكراه المدين على التنفيذ العيني في التزام العمل) .

ونتكلم في مسألتين : (أولا) شروط الحكم بالتهديد المالي ومميزاته وطبيعته وسنده القانوني . (٢) أثر الحكم بالتهديد المالي .

المطلب الأول

شروط الحكم بالتهديد المالي ومميزاته وطبيعته وسنده القانوني

٤٤٧ – معنى التهديد المالي : تتلخص وسيلة التهديد المالي ، وفقاً للنصوص التي تقدم ذكرها ، في أن القضاء يلزم المدين بتنفيذ التزامه عيناً في خلال مدة معينة ، فإذا تأخر في التنفيذ كان ملزما بدفع غرامة تهديدية عن هذا التأخر ، مبلغا معينا عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو أية وحدة أخرى من الزمن ، أو عن كل مرة يأتي عملا يخل بالتزامه ، وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني أو إلى أن يمتنع نهائياً عن الإخلال بالالتزام . ثم يرجع إلى القضاء فيما تراكم على المدين من الغرامات التهديدية . ويجوز للقاضي أن يخفض هذه الغرامات أو أن يمحوها بتاتاً [١] .

ومما تقدم نستطيع أن نستخلص : (١) شروط الحكم بالتهديد المالي (٢) ومميزات هذا الحكم (٣) وطبيعته (٤) والسند القانوني الذي يقوم عليه .

٤٤٨ – شروط الحكم بالتهديد المالي : يشترط في الالتجاء إلى وسيلة التهديد المالي والحكم بغرامة تهديدية الشروط الآتية : (أولا) أن يكون هناك التزام امتنع

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٨ – وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " وتسري قواعد الغرامات التهديدية على كل التزام بعمل أو بامتناع عن عمل ، أيا كان مصدره ، متى كان الوفاء به عيناً لا يزال في حدود الإمكان ، وكان هذا الوفاء يقتضي تدخل المدين نفسه . والغرامة التهديدية هي مبلغ من المال يقضى بإلزام المدين بأدائه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أي فترة معينة من الزمن ، أو عن كل إخلال يرد على الالتزام . ويقصد من هذه الغرامة إلى التغلب على ممانعة المدين المتخلف ، ولهذا أجيز للقاضي أن يزيد فيها إزاء تلك الممانعة كلما آنس أن ذلك أكفل بتحقيق الغرض المقصود (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠) .

ويلاحظ أن التهديد المالي يرمي إلى حمل المدين على التنفيذ العيني إذا كان التزامه التزاماً بعمل ، وإلى حمله على التعويض العيني إذا كان التزامه التزاما بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام . ويستوي في هذا الصدد من الناحية العملية ، التنفيذ العيني والتعويض العيني ؛ ومن ثم لا نرى بأساً من إطلاق عبارة " التنفيذ العيني " على كل من التنفيذ العيني والتعويض العيني .

المدين عن تنفيذه مع أن تنفيذه العيني لا يزال ممكناً [١] . (ثانياً) أن يكون التنفيذ العيني الالتزام يقتضي تدخل المدين الشخصي ، وإلا كان التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم . (ث أن يلجأ الدائن إلى المطالبة بتوقيع غرامة تهديدية على المدين كوسيلة غير مباشرة للتن العيني .

٤٤٩ – الشرط الأول – التزام امتنع المدين عن تنفيذه مع تنفيذه العيني لا يزال ممكناً : لابد أن يكون هناك التزام امتنع الدائن عن تنفيذه . ف لم يوجد التزام فلا محل للتهديد المالي . ومن ثم لا يجوز الالتجاء إلى التهديد المالي لإجب المدعى عليه على الحضور إلى المحكمة ، فإنه غير ملزم بالحضور ، وقد نظم تقنين المرافعات ما يترتب على غيابه من نتائج [٢] . ثم لا بد من أن يكون المدين ممتنعاً عن تنفيذ التزامه بأن تطلب إليه المحكمة هذا التنفيذ فلا يمتثل . أما إذا امتثل فلا محل للحكم عليه بتهدي مالي، وكذلك إذا حكم عليه فبادر إلى تنفيذ التزامه في الميعاد الذي حددته المحكمة فلا يسرى عليه هذا الحكم لأن سريانه مشروط بعدم التنفيذ .

ولابد أن يكون الالتزام لا يزال ممكناً تنفيذه عيناً . أما إذا أصبح تنفيذه العيني مستحيلا ، كأن هلك الشيء المطلوب تسليمه أو أتي المدين العمل الذي التزم بالامتناع عنه ولم يعد في الاستطاعة الرجوع في ذلك ، فلا محل للالتجاء إلى التهديد المالي ، فإن الالتجاء إلى هذا الطريق إنما هو تهديد للمدين حتى يقوم بالتنفيذ ، وقد أصبح هذا التنفيذ مستحيلا ، ومن ثم أصبح التهديد المالي غير ذي موضوع [٣] .

(١) فإذا كان الالتزام التزاماً بالامتناع عن عمل وأخل به المدين ، فيشترط أن يكون التعويض العيني عن الإخلال بالالتزام لا يزال ممكناً . وقد تقدم أن التعويض العيني يعدل التنفيذ العيني في هذا الصدد ، وأن عبارة التنفيذ العيني " قد يقصد بها التعويض العيني .

(٢) ديموج ٦ فقرة ٥٠٩ ص ٥٤٥ – ص ٥٤٦ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ١٠٠ – كذلك لا يحكم بغرامة تهديدية على متهم لإجباره على أن يذكر أسماء شركائه ، إذ لا يوجد عليه التزام قانوني بذلك (كايزر في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٥٣ ص ٢٢٠ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٥٤ ص ٧٢ – ومع ذلك أنظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ٩٩) . هذا ويجوز أن يكون المدين الذي يحكم عليه بغرامة تهديدية هو الدولة ذاتها كمصلحة التليفونات ، أو شخص من أشخاص القانون العام كإحدى الجامعات أو أحد المجالس البلدية . (أنظر زريجافيل (Zréjaville) في أنسيكلوبيدي داللوز ١ لفظ Astreinte فقرة ٣٤) .

(٣) فإذا كان هناك التزام بتقديم مستندات مثلا ، وثبت أن هذه المستندات قد أعدمت ، فلا محل للحكم بغرامة تهديدية ، وإنما يقضي بالتعويض إذا توافرت شروطه . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا محل للحكم بتهديد مالي إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا ببيع العين المرفوع بشأنها دعوى الاستحقاق (١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٤) .

٤٥٠ – الشرط الثاني – تدخل المدين ضروري وإلا كان التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم : ويشترط ثانياً أن يكون تدخل المدين الشخصي ضرورياً لتنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ، بحيث إن هذا التنفيذ يصبح من غير تدخل المدين غير ممكن أو غير ملائم [١] . ونستعرض من هذه الناحية الالتزام بنقل الملكية والالتزام بالعمل والالتزام بالامتناع عن العمل .

ففي الالتزام بنقل الملكية إذا كان محل الالتزام عيناً معينة ، انتقلت ملكيتها بحكم القانون إلى الدائن كما رأينا ، فأصبح الالتزام منفذاً ولا حاجة للتهديد المالي . كذلك إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود فلا حاجة في تنفيذ هذا الالتزام إلى تهديد مالي ، لأن تنفيذه عيناً دون تدخل المدين ممكن عن طريق الحجز على أموال المدين [٢] . بقي الالتزام بنقل ملكية شيء معين لم يعين إلا بنوعه ، وفي أغلب أحواله يمكن التنفيذ العيني دون تدخل المدين بأن يحصل الدائن على حكم بالتنفيذ على نفقة المدين كما رأينا ، وفي الحالات النادرة التي لا بد فيها من تدخل المدين ليكون التنفيذ العيني ممكناً أو ملائماً يجوز للدائن أن يلجأ إلى وسيلة التهديد المالي [٣] .

والالتزام بعمل هو الميدان الذي يتسع عادة للتهديد المالي [٤] . ففي نطاق المعاملات المدنية حيث يكون التنفيذ العيني للالتزام دون تدخل المدين غير ممكن أو غير ملائم ، يجوز

(١) فإن أمكن التنفيذ العيني دون تدخل المدين الشخصي ، فلا محل للالتجاء إلى التهديد المالي : استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٣٠ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٨٥ – ٢١ مارس سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ٢٣٠ ص ٢٥٥ – ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٠٩ – أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٦ .

(٢) قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ٨٩٨ – وأنظر ديموج ٦ فقرة ٥٠٩ ص ٥٤٦ .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ٩٨ – مثل ذلك أن يكون الشيء الذي لم يعين إلا بنوعه وتعهد المدين بنقل ملكيته نادر الوجود ، ويكون من اليسير نسبياً على المدين أن يعثر عليه ، فيحكم عليه بغرامة تهديدية إذا لم يقم بتنفيذ التزامه عيناً (فريجافيل : أنسيكلو بيدي داللوز ١ astreinte فقرة ٢٣) .
ويفسر القضاء الفرنسي فكرة عدم الملاءمة تفسيراً واسعاً ، فيكفي أن يكون التهديد المالي من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام عيناً أبسط في الإجراءات من التنفيذ القهري حتى يلجأ إليه القضاء ، ذاهباً إلى أن التنفيذ القهري في هذه الحالة يكون غير ملائم ، والواقع أن التنفيذ القهري ملائم ولكن التهديد المالي أكثر ملاءمة (نقض فرنسي ١٤ مارس سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعي ١٩٢٧ – ٢٧٤ – ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ داللوز الأسبوعي ١٩٣٠ – ٦٠٥ – أنظر في هذا المعنى فريجافيل : أنسيكلو بيدي داللوز ٢ astreintes فقرة ٢٤) .

(٤) استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧

الالتجاء إلى التهديد المالي ، كما هو الأمر في الالتزام بتقديم حساب [١] ، وفي الالتزام بتقديم مستندات ، وفي الالتزام بالقيام بعمل فني كغناء أو تمثيل أو تصوير [٢] ، وفي التزام شركات الاحتكار بتقديم خدماتها للمستهلكين كإعادة المواصلة التليفونية وتوصيل التيار الكهربائي ، وفي الالتزام بإخلاء عين مؤجرة أو تسليمها . وبعض هذه الالتزامات غير ممكن التنفيذ عيناً دون تدخل المدين ، وبعضها تنفيذه غير ملائم دون هذا التدخل ، ويكون في إكراه المدين على التدخل حجر على الحرية الشخصية . وفي نطاق الأحوال الشخصية يجوز الالتجاء إلى التهديد المالي في الالتزام بتسليم الأولاد إلى من له حق حضانته [٣] ، وفي التزام الزوجة أن تذهب إلى محل الطاعة، وهذان التزامان يمكن تنفيذهما جبراً على المدين – وينفذان فعلا على هذا النحو في كثير من الأحوال في المحاكم الشرعية – ولكن التنفيذ القهري يكون عادة غير ملائم، فيصح الالتجاء إلى التهديد المالي [٤] .

وفي الالتزام بالامتناع عن عمل قد يكون الإخلال بالالتزام من شأنه أن يجعل التعويض العيني مستحيلا ، فلا يكون هناك محل للتهديد المالي . مثل ذلك أن يفشي الطبيب أو المحامي سر المهنة ، فيتعين في هذه الحالة الاقتصار على الحكم بالتعويض . أما إذا كان التعويض العيني ممكناً ولكن عن طريق تدخل المدين الشخصي كوسيلة ضرورية أو ملائمة ، جاز الالتجاء إلى التهديد المالي . مثل ذلك التزام الممثل بألا يمثل في مسرح معين [٥] ، والتزام المهندس بألا يعمل في مصنع منافس ، والتزام بائع المتجر بالامتناع عن منافسة المشترى ، فإنه يجوز الحكم في هذه الحالات على المدين بغرامة تهديدية عن كل مرة يأتي فيها بالأمر الممنوع أو حتى يكف بتاتاً عن هذا الأمر . ويلاحظ هنا أن الغرامة التهديدية تلتبس بالتعويض ، فقد تكون هذه الغرامة تعويضاً عن الضرر الذي يصيب المدين من جراء إخلال المدين بالتزامه في كل مرة . ويمكن مع ذلك تمييز الغرامة التهديدية عن التعويض بمقدار المبلغ المحكوم به ، فإذا تبين أن يقارب التعويض عن الضرر الناجم عن الإخلال بالالتزام بعد أن يذكر القاضي عناصر هذا الضرر في أسباب حكمه، كان هذا المبلغ تعويضاً ، وإلا فهو غرامة تهديدية [٦] .

(١) استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٢ .

(٢) استئناف مصر ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٤ ص ٤٥٢ .

(٣) وقد أصبح الإخلال بهذا الالتزام جريمة جنائية في فرنسا بقانون ٦ ديسمبر سنة ١٩٠١ .

(٤) أنظر في تنفيذ هذين الالتزامين في فرنسا عن طريق التهديد المالي – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٤٧ .

(٥) أنظر تاريخ نص المادة ٢١٣ آنفاً فقرة ٤٤٦ في الهامش – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٤٧ .

(٦) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ١٠١ – ديموج ٦ فقرة ٥١٣ – وقد يكون تدخل المدين ضرورياً في تنفيذ الالتزام ، ومع ذلك لا يجوز إجبار المدين على التدخل، فلا يصح الالتجاء في هذه الحالة –

٤٥١ – الشرط الثالث – التجاء الدائن إلى المطالبة بالتهديد المالي :

والرأي الراجح أنه يجب أن يطالب الدائن بالتهديد المالي ، فلا يجوز أن تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بغرامة تهديدية على المدين إذا لم يطلب الدائن منها ذلك [1] . على أن هناك رأياً يذهب إلى جواز أن تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بالغرامة التهديدية إذا وجدت أن شروطها متوافرة [2] .

ومهما يكن من أمر ، فللدائن أن يطلب الحكم بالغرامة التهديدية في أية حالة كانت عليها الدعوى . بل ويجوز له أن يطلب ذلك لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، ولا يعتبر هذا الطلب جديداً [3] .

وللمحكمة ، إذا طلب الدائن منها الحكم بغرامة تهديدية ، سلطة التقدير في أن تجيبه إلى هذا الطلب أو ألا تجيبه إليه ، وهذا على فرض أن شروط التهديد المالي متوافرة [4] . ولا تخضع المحكمة في استعمال سلطة التقدير هذه لرقابة محكمة النقض ، إذ هي تقضي في مسألة موضوعية . أما أن للتهديد المالي شروطاً يجب توافرها حتى يجوز الحكم بغرامة تهديدية، فهذه مسألة قانون تخضع محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض .

ويجوز لأية جهة مختصة الحكم بالغرامة التهديدية : محكمة مدنية ، أو محكمة تجارية ، أو محكمة جنائية تقضي في التزام مدني [5] . ويجوز لقاضي الأمور المستعجلة أن يحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكم في الموضوع تنفيذاً عينياً ، ومن باب أولى يجوز أن يقضى بغرامة تهديدية لتنفيذ الحكم المؤقت الذي يصدره هو . ولكن تحويل الغرامة التهديدية الوقتية إلى تعويض ،

= إلى التهديد المالي . مثل ذلك أن يكون الأمر متعلقاً بحق المؤلف الأدبي ، كما إذا تعهد مؤلف لناشر أن يضع كتاباً يقوم الثاني بنشره ، ثم قرر المؤلف أن العمل الذي أنتجه غير جدير بالعرض على الجمهور كعمل صادر منه ، فلا يجوز للناشر إجباره على هذا العرض عن طرق التهديد المالي . ولكن إذا كان المؤلف قد اتفق مع ناشر آخر ، مخلا بالتزامه مع الناشر الأول ، فإنه يجوز إجباره على التنفيذ العيني عن هذا الطريق . (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٥٦) .

(١) أنظر في هذا المعنى كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٧٧ ص ١٣٤ – ص ١٣٥ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٩ ص ١٠٢ – مارو فقرة ٢٥٠٧ رقم ١٠ .

(٢) أنظر في هذا المعنى كيبو فقرة ٤٧٠ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٥٦ ص ٧٤ – ص ٧٥ – وقارب ديموج ٦ فقرة ٥١٠ – فقرة ٥١١ – فريجافيل في أنسيكلو بيدي داللوز ١ (astreintes) فقرة ٢١ .

(٣) ديموج ٦ فقرة ٥١٠ ص ٥٤٧ .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٩ ص ١٠٢ .

(٥) ولا يجوز لمجلس الدولة في فرنسا أن يقضي على الحكومة بغرامة تهديدية ، لأنه لا يستطيع أن يصدر لها أمراً (فريجافيل : أنسيكلو بيدي داللوز ١ astreintes فقرة ٣٨) .

على النحو الذي سنبسطه ، ليس من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة ، بل هو من اختصاص قاضي الموضوع [1] .

٤٥٢ – مميزات الحكم بالتهديد المالي :

ويمكن الآن أن نستخلص مميزات الحكم بالتهديد المالي ، فهي ثلاثة :

(أولا) يقدر التهديد المالي عن كل وحدة من الزمن يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه، أو عن كل مرة يخل فيها بالتزامه ، ولا يقدر مبلغاً محمداً دفعة واحدة [2] . وذلك حتى يتحقق معنى التهديد ، فإن المدين يحس أنه كلما طال وقت تأخره عن التنفيذ كلما زاد مبلغ الغرامة التهديدية المحكوم بها [3] .

(ثانياً) التهديد المالي تحكمي (arbitraire) ، لا مقياس له إلا القدر الذي يرى القاضي أنه منتج في تحقيق غايته ، وهي إخضاع المدين وحمله على أن يقوم بتنفيذ التزامه عيناً . فلا يشترط فيه أن يكون مقارباً للضرر الذي يصيب الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام، بل إنه لا يشترط للحكم به وجود ضرر أصلا . فليست غايته التعويض عن الضرر، بل الضغط على المدين وتهديده حتى يقوم بتنفيذه التزامه . فينظر القاضي إذن، لا إلى الضرر، بل إلى موارد المدين المالية وقدرته على المماطلة والمضي في عدم تنفيذ التزامه ، فيقدر مبلغا يكون من شأنه أن يؤدى في النهاية بالمدين إلى الرضوخ والإذعان ، ويكون عادة أكبر من الضرر بكثير [4] . ومن ثم نصت الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ على أنه " إذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع من التنفيذ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة " . فللقاضي إذن إذا قدر في البداية مبلغا ، ثم رآه غير كاف لتتغلب على

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٠ – ولا نرى مانعاً من أن تحكم محكمة شرعية أو مجلس ملي بغرامة تهديدية في مسائل الحضانة والطاعة بدلا من الحكم بالتنفيذ القهري (manu militari) . ويجوز من باب أولى ، بعد إلغاء هذه المحاكم وتوحيد القضاء ، أن يصدر حكم بذلك من دوائر الأحوال الشخصية التي ستستحدث في المحاكم الموحدة .

(٢) وكان في بداية الأمر في فرنسا يقدر مبلغاً مجمداً (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٧ ص ٩٧ – ديموج ٦ فقرة ٥٠٧ ص٥٤٢) .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٣ .

(٤) أنظر مع ذلك استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٩ – ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٦ (حيث يعتبر التهديد المالي حكماً بتعويض مقدر سلفاً عن المستقبل "ad futurum" ، وسنعود للإشارة إلى ذلك) .

عناد المدين ، أن يزيد في هذا المبلغ إلى القدر الذي يراه كافيا . ولا يمنع من ذلك حجية الأمر المقضي ، فإن الحكم بالتهديد المالي لا يحوز هذه الحجية كما سنرى [١] .

(ثالثاً) التهديد المالي حكم وقتي وتهديدي (provisoire et comminatoire) . ويترتب على ذلك ما يأتي :

(١) الحكم بالتهديد المالي لا يكون نهائياً واجب التنفيذ ، حتى لو صدر من محكمة آخر درجة ، أو كان الحكم الأصلي مشمولا بالنفاذ المعجل ، بل يبقى الحكم معلقاً على رأس المدين ، مهدداً له ليحمله على تنفيذ التزامه ، ولا يجوز تنفيذه إلا إذا تحول إلى تعويض نهائي كما سيأتي [٢] [1] .

(٢) مادام المدين لم يخط خطوته الحاسمة في تنفيذ الالتزام أو في الإصرار على عدم تنفيذه ، فإن مصير الحكم بالتهديد المالي يبقى غير مبتوت فيه ، فلا يطلب من المدين مثلا أن يدمج الغرامة التهديدية في عرض حقيقي لدين المترتب في ذمته [٣] ، ولا تدخل هذه الغرامة ضمن الطلب الأصلي لتقدير قيمة الدعوى من حيث النصـــاب الجائز استئنافه [٤] .

(٣) لا يجوز الحكم بالتهديد المالي حجية الأمر المقضي [٥] ، لأنه حكم وقتي تهديدي كما قدمنا . فيجوز أولا أن يزيد فيه القاضي إذا رآه غير كاف كما سبق القول ، ويجوز

---

(١) وفي إحدى القضايا في فرنسا (نقض فرنسي أول ديسمبر سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ — ١ — ٢٨٩) زيدت الغرامة التهديدية من مائة فرنك في اليوم إلى عشرة آلاف من الفرنكات (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩١ ص ١٠٥) .

(٢) أنظر آنفاً تاريخ نص المادة ٢١٤ فقرة ٤٤٦ في الهامش — ديموج ٦ فقرة ٥١٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكرر ثالثاً — الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٤ — استئناف مختلط ٢٦ يونية سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٥٥ — ٧ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٢٠ — ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٦١ — إسكندرية الكلية الوطنية ١٦ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ ص ١٠٢٥ . بل ولا يجوز حجز ما للمدين لدى الغير بمقتضى غرامة تهديدية (الأستاذ عبد الحي حجازي في النظرية العامة للالتزام ٣ ص ١٩٠ — ص ١٩٢).

(1) حكم الإلزام بدفع الغرامة التهديدية — وهي لا تعدو بدورها وبحسب طبيعتها أن تكون حكمها تهديدياً بتعويض مؤقت قابل للتغيير والتقدير طبقا للمادة ٢١٣ من القانون المدني ، ومن ثم فلا يجوز التنفيذ به جبرا عن المدين .

(جلسة ١٩٩١/٦/٥ الطعن رقم ٢٣٢٩ لسنة ٥٤ ق) .

(جلسة ١٩٨٣/١/٢٥ الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٣ ق) .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٤ .

(٤) مصر الكلية الوطنية ٢٤ مارس سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٤ ص ٨٤ .

(٥) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣٩

ثانياً، عند تحويله إلى تعويض نهائي ، أن ينقص منه أو يلغيه كله ، مراعيا في ذلك الضرر الذي لحق بالدائن كما سنرى .

(٤) الحكم بالتهديد المالي لا يكون قابلا للطعن فيه بطريق النقض ، حتى لو صدر من محكمة آخر درجة . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يقبل الطعن بطريق النقض في الحكم الصادر بعدم جواز استئناف حكم ابتدائي قضي بإلزام مصلحة الضرائب بتقديم الملف الفردي مع إلزامها بغرامة تهديدية في حالة عدم التنفيذ ، بحجة أنه حكم قطعي ، ذلك لأن الحكم المستأنف لم ينه الخصومة الأصلية أو جزءاً منها ، وإنما قضي بإجراء فيها، أما احتواؤه على الغرامة التهديدية فليس من شأنه أن يجعله هو أو الحكم الاستئنافي المطعون فيه حكما وقتيا في معنى المادة ٣٧٨ من تقنين المرافعات [١] .

٤٥٣ — طبيعة الحكم بالتهديد المالي :

تبين مما قدمناه أن الغرامة التهديدية ليست تعويضاً فهي لا تقاس بمقياس الضرر ولا تتوقف عليه إطلاقاً ، وإذا حكم القاضي بغرامة تهديدية لا يسبب حكمه بخلاف الحكم بالتعويض فإنه واجب التسبيب ، وقد كان القضاء الفرنسي في بداية الأمر يخلط ما بين التهديد المالي والتعويض عمداً حتى يجد سنداً قانونياً للتهديد المالي ، ثم ما لبث أن ميز تمييزاً واضحـــاً ما بين الاثنين [٢] .

والغرامة التهديدية ليست عقوبة خاصة (peine privée)، وإن كانت تشبه العقوبة. والفرق بينهما أن العقوبة نهائية يجب تنفيذها كما نطق بها ، أما الغرامة التهديدية فهي شيء وقتي كما قدمنا ، ولا تنفذ إلا عندما تتحول إلى تعويض نهائي ، وهي في هذا التحول قد تنتقص أو تلغى ، فالذي ينفذ في الواقع من الأمر ليس هو الغرامة التهديدية الوقتية بل هو التعويض النهائي [٣] .

وإنما الغرامة التهديدية وسيلة للضغط على المدين والتغلب على عناده حتى يحمل على تنفيذ التزامه [٤] . فهي إذن وسيلة من وسائل التنفيذ العيني الجبري . وهي وســيلة غير

---

(١) نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ٢٣٤ ص ٩٤٢ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٢ — وقد وصل هذا التمييز إلى حد أن تقضي المحكمة في حكم واحد بتعويض نهائي عن الضرر الذي وقع في الماضي وبغرامة تهديدية لحمل المدين على تنفيذ التزامه في المستقبل (نقض فرنسي ٧ فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت دي تريبينو ١٩٢٢ — ١ — ٢١٤ — ديموج ٦ فقرة ٥١٢ ص ٥٤٩) .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٣ — وقارن الموجز للمؤلف فقرة ٤٤١ .

(٤) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " ويتضح مما تقدم أن الغرامة التهديدية ليست ضرباً من ضروب التعويض ، وإنما هي طريق من طرق التنفيذ رسمها القانون ، وقصر نطاق تطبيقها على الالتزامات التي يقتضي الوفاء بها تدخل المدين نفسه " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠) . وجاء =

مباشرة [1] ، تتفق في هذا مع الإكراه البدني الذي هو أيضاً وسيلة غير مباشرة ، وتختلف عن التنفيذ القهري وهو وسيلة مباشرة . ولما كانت الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة ، فهي قد تنجح وقد لا تنجح تبعاً لما انتهى إليه المدين من تنفيذ التزامه أو الإصرار على عدم التنفيذ [2] .

٤٥٤ – السند القانوني للتهديد المالي : لا يوجد في التقنين المدني الفرنسي ولا في التقنين المدني المصري السابق نص يصلح أن يكون سنداً تشريعياً للحكم بالغرامة التهديدية .

= في الموجز للمؤلف : " وسنرى أن المدين لا يحكم عليه في آخر الأمر إلا بتعويض مناسب لما أصاب الدائن من الضرر . ومع ذلك يبقى التهديد المالي وسيلة لإجبار المدين على التنفيذ ، لأن الحكم عليه بتهديد مالي من شأنه أن يلقي في نفسه القلق والانزعاج ، إذ لا يعرف على وجه الدقة المبلغ الذي سيحكم به القاضي نهائياً على سبيل التعويض . ثم هو من جهة أخرى يعلم أن مبادرته إلى تنفيذ التزامه تجعل القاضي أكثر استعداداً لرفع التهديد المالي عنه أو لتخفيضه إلى درجة كبيرة ، وأن إصراره على عدم التنفيذ من شأنه أن يجعل القاضي متشدداً في تقدير التعويض ، ويزيد التعويض كلما كان الإصرار لا مبرر له ، وقد ينتهي الأمر بالحكم عليه نهائياً بكل المبلغ الذي حكم عليه به مبدئياً على سبيل التهديد . كل هذه الاعتبارات من شأنها أن تجعل التهديد المالي وسيلة ناجحة لإجبار المدين على القيام بتنفيذ التزامه ، دون أن يكون هناك حجر على حريته الشخصية " (الموجز ص ٤٣٣ هامش رقم ١) .

(١) استئناف مختلط ٣ ابريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧ – أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٦ .

(٢) ديموج ٦ فقرة ٥١١ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٤ – وقد رتب القضاء الفرنسي على أن الغرامة التهديدية إنما هي وسيلة غير مباشرة للتنفيذ وليست تنفيذاً مباشراً أنها تسرى من وقت صدور الحكم الابتدائي بها ، حتى لو كان هذا الحكم غير قابل للتنفيذ واستؤنف فصدر حكم استئنافي يؤيده . أما القضاء المصري فيجعلها تسرى من وقت صدور الحكم الاستئنافي لا من وقت صدور الحكم الابتدائي ، فهي أمر من المحكمة لا يبدأ سريانه إلا من وقت صيرورته نهائياً . وقد جاء في الموجز للمؤلف في هذا المعنى : " وقد كان من مقتضى ذلك – أي من مقتضى أن التهديد المالي أمر – ألا يبدأ سريان الحكم بالتهديد المالي إلا من وقت صيرورة هذا الأمر نهائياً ، فإذا استؤنف حكم بتهديد مالي ، وجب انتظار الفصل النهائي من محكمة الاستئناف ، حتى يعلم المدين أن الأمر بالتنفيذ قد تأيد نهائياً ولا مناص من الطاعة . مثل ذلك أن يصدر حكم بإلزام المدين بالتنفيذ العيني في مدة شهر وإلا دفع مبلغاً معيناً عن كل يوم يتأخر فيه عن التنفيذ ، فيستأنف هذا الحكم ، ويستغرق نظره في الاستئناف مدة أربعة أشهر ، ثم تؤيد محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي . في مثل هذه الحالة يجب إعطاء المدين مهلة شهر للتنفيذ العيني ، وتسرى هذه المهلة من وقت صدور حكم الاستئناف لا من وقت صدور الحكم الابتدائي . وبهذا تقضى المحاكم المصرية (استئناف أهلي ٢٢ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ ص ١٢٢٥ – استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٩٧ المجموعة الرسمية المختلطة ٤ ص ٩٧ – ٢١ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٩٦) . ولكن محكمة النقض الفرنسية تجعل المهلة تسرى من وقت صدور الحكم الابتدائي (١٥ نوفمبر سنة ١٨٨١ داللوز ٨٢ – ١ – ١٣٤) ، وعلى ذلك أحكام المحاكم الاستئنافية والابتدائية الفرنسية (باريس الاستئنافية ١٢ فبراير سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٨ – ٢ – ١١٣ – السين الابتدائية ١٥ يوليو سنة ١٩٠٩ داللوز ٩١١ – ٢ – ٣٠٣) " (الموجز ص ٤٣٦ هامش رقم ٢) .

وقد استند القضاء الفرنسي ، بطريق غير مباشر ، إلى المادة ١٠٣٦ من تقنين المرافعات الفرنسي ، وهي تقضي بأنه " يجوز للمحاكم ، في القضايا التي تعرض عليها ، وتمشيا مع ما توحيه الظروف من الخطورة ، أن تصدر أوامر (injonctions) ، ولو من تلقاء نفسها ، وأن تعدم أوراقا مكتوبة تعلن أنها قد تضمنت قدحا ، وأن تأمر بطبع أحكامها ونشر هذه الأحكام " . فالحكم الصادر بالغرامة التهديدية هو أمر (injonction) يصدر من المحكمة ، بما لها من سلطة الأمر (imperium, judicia ordinatoria) ، لا بما لها من ولاية الحكم (jurisdictio, judicia decisoria) ، للمدين المتعنت الممتنع عن تنفيذ التزامه بتنفيذ هذا الالتزام ، فإن لم يفعل فجزاؤه على العصيان غرامة تهديدية [1] . ولا شك في أن النص الذي استند إليه القضاء الفرنسي إنما قصد به بسط سلطة القاضي في إدارة الجلسة ، والتهديد المالي حكم موضوعي لا علاقة له بإدارة الجلسة . ولا شك في أن القضاء الفرنسي قضاء اجتهادي لا سند له من النصوص التشريعية ، وأن نظرية التهديد المالي نظرية خلقها القضاء لا المشرع [2] .

(١) اسمان في مقال له في المجلة الفصلية للقانـون المدني سنة ١٩٠٣ ص ٥ – ص ٥٢ – بودري وبارد ١ فقرة ٤٧٩ مكررة .

(٢) وكثير من الفقهاء الفرنسيين يذهبون إلى عدم مشروعية التهديد المالي ، وإلى أن القضاء لا يستند في ذلك إلى أي أساس قانوني (ديمولومب ٢٤ فقرة ٤٩٦ – فقرة ٤٩٧ – لوران ١٦ فقرة ٣٠١ – هيك ٧ فقرة ١٣٦ – أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٩ ص ٦١ – ص ٦٨ – بودري وبارد ١ فقرة ٤٧٩ – ديموج ٦ فقرة ٥٢٤ – فقرة ٥٢٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٤٨ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٦٥٣ – كولان وكابيتان وموراندبير ٢ فقرة ١٧٧ – جوسران ٢ فقرة ٦٠٠) .

على أن المشرع الفرنسي أصدر قانوناً في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ ، خاصاً بالمساكن الصغيرة ، وقد ورد في الفقرة الثالثة من المادة السادسة من هذا القانون نص يرتب التزاماً قضائياً ، وأجاز للقضاء أن يصدر حكماً تهديدياً عن كل يوم يتأخر فيه الملتزم عن تنفيذ هذا الالتزام (à peine d'une astreinte pour chaque jour de retard) ، وفي هذا إقرار تشريعي لنظرية التهديد المالي في مسألة معينة (الموجز للمؤلف ص ٤٣٧ هامش رقم ١) . أنظر أيضاً قانون ١٨ يوليو سنة ١٩٣٧ ، وقانون ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ ، وقارن ٢١ يوليو سنة ١٩٤٩ (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكررة ثانياً ص ١١٢ هامش رقم ٢ وفقرة ٧٩٥ مكررة رابعاً ص ١١٦ – ص ١١٧) .

وأنظر في القضاء البلجيكي لا يسلم بنظرية التهديد المالي دي باج ٣ فقرة ١٦١ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكررة ثانيا ص ١١٢ هامش رقم ١ . ولكن هذا القضاء يقر مشروعية التعويض عن المستقبل (ad futurum) يقدر سلفاً إذا طلب الدائن ذلك مع اصطناع الحيطة في هذا الطلب (دي باج ٣ فقرة ١٦٢ – فقرة ١٦٤) . وأنظر في عدم التسليم بنظرية التهديد المالي في أسبانيا والبرتغال وهولندا والأرجنتين والبرازيل وسويسرا وألمانيا : ديموج ٦ فقرة ٥٢٩ .

وفي عهد التقنين المدني السابق سار القضاء المصري على أثر القضاء الفرنسي في اجتهاده في الحكم بالتهديد المالي ، وفي اعتباره حكماً وقتياً تهديدياً للقاضي تخفيضه أو إلغاؤه [1] .

أما في التقنين المدني المصري الجديد فقد وجد السند التشريعي لنظرية التهديد المالي في النصوص التي تقدم ذكرها ، ولم تعد في حاجة إلى سند قانوني آخر . على أن هذه النصوص ذاتها ليست كما قدمنا إلا تقنيا للقضاء المصري في عهد التقنين المدني السابق .

المطلب الثاني

أثر الحكم بالتهديد المالي

٤٥٥ – موقف المدين من التهديد المالي : إذا حكم على المدين بغرامة تهديدية ، فإنما يقصد بذلك كما قدمنا إلى الضغط عليه والتغلب على عناده حتى يذعن فيقوم بتنفيذ التزامه .

وهو في النهاية يقف أحد موقفين : إما أن يحدث التهديد المالي فيه أثره فيقلع عن عناده ويعمد إلى تنفيذ التزامه [2] ، وإما أن يصر على موقفه ويصمم على ألا يقوم بتنفيذ الالتزام .

وفي الحالتين يكون الموقف قد تكشف نهائياً ، عن التنفيذ أو عدم التنفيذ ، فلم تعد هناك جدوى من استبقاء التهديد المالي بعد أن استنفد أغراضه . ومن ثم وجب النظر في مصير الغرامة المالية وتحويلها إلى تعويض نهائي .

(١) استئناف مختلط ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩ – ٢٤ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٩ – والتون ٢ ص ٢٤٩ – ص ٢٥١ – الموجز فقرة ٤٤١ – على أن محكمة الاستئناف المختلطة قضت في بعض أحكامها بأن القضاء المختلط لا يعترف بالتهديد المالي على أساس أنه حكم وقتي تهديدي (astreinte comminatoire) ، بل يقره على أساس أنه حكم بتعويض مقدر سلفاً عن المستقبل (astreinte compensatoire) : استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٩ – ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٦ (وأنظر جبريل بسطوروس في تعليقاته على التقنين المدني المختلط جزء ٢ ص ٤٤٨ هامش رقم ٣) .

(٢) هذا وقد يقوم المدين بتنفيذ الالتزام خشية تراكم الغرامة التهديدية ، لا لأنه راض بالحكم ، ولا يمنع الالتزام في هذه الحالة من استئناف الحكم ولا يحتج عليه بأنه رضي به بسبب هذا التنفيذ (دموج ٦ فقرة ٥١٦) .

٤٥٦ – تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائي : وقد نصت المادة ٢١٤ كما رأينا على أنه " إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ ، حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين ، مراعيا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين " . ويستخلص من هذا النص أنه لما كانت الغرامة التهديدية قد استنفدت أغراضها ، لم يعد بد من تحويلها إلى تعويض نهائي . فيجب إذن أن يلجأ الدائن إلى محكمة الموضوع طالبا تصفية الغرامة التهديدية والحكم على المدين بتعويض نهائي يستطيع أن ينفذ به على أمواله ، فقد رأينا أن الغرامة التهديدية لا يستطيع أن ينفذ بها .

هذا وليس ثمة ما يمنع الدائن من أن يطلب التنفيذ الجبري للالتزام بعد أن يتبين أن التهديد المالي لم يثمر في التغلب على عناد المدين . ويتحقق ذلك إذا كان التنفيذ القهري دون تدخل المدين ممكنا وإنما التجأ الدائن إلى التهديد المالي لأن هذا التنفيذ غير ملائم ، فلما أصر المدين على عدم التنفيذ وكان التنفيذ القهري لا يزال ممكنا ، جاز للقاضي أن يحكم به مع التعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن من جراء التأخير في هذا التنفيذ [1] .

٤٥٧ – عناصر التعويض : على أن القاضي في الكثرة الغالبة من الأحوال لا يقضي بالتنفيذ القهري ، وإلا كان قضى به منذ البداية بدلا من أن يقضي بالتهديد المالي . وإنما تقتصر مهمة القاضي في الغالب على تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائي كما قدمنا .

وعناصر التعويض النهائي هي نفس عناصر التعويض العادي : ما أصاب الدائن من ضرر وما فاته من نفع من جراء عدم التنفيذ إذا كان المدين قد أصر على عدم التنفيذ أو من جراء التأخر في التنفيذ إذا كان المدين قد رجع عن عناده وقام بتنفيذ التزامه .

على أن هناك عنصراً جديداً – وهو العنصر البارز في التعويض الذي يعقب التهديد المالي ، بل هو العنصر الذي يخرج التعويض عن معناه المألوف إلى المعنى الذي يتفق مع فكرة التهديد المالي – يجب أن يدخله القاضي في حسابه عند تقدير التعويض النهائي . هذا العنصر هو العنت الذي بدا من المدين ، فيستطيع القاضي أن يزيد في التعويض في مقابل الضرر الأدبي الذي أصاب الدائن من جراء عناد المدين وتعنته وإصراره على عدم تنفيذ التزامه أو تأخره المتعمد في هذا التنفيذ .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٩ ص ١٠٢ – بل ويجوز أن يكون الالتزام مما يمكن للدائن نفسه أن ينفذه دون تدخل المدين ، ولكن الدائن لجأ إلى التهديد المالي لكونه أكثر ملاءمة ، فلما لم يجد قام الدائن بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين . فمتى تم التنفيذ على هذا الوجه يكون الموقف هنا أيضا قد تكشف ، ويجب النظر في تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائي (دموج ٦ فقرة ٥١٥) .

ويلاحظ أن تعويض الدائن عن العنت الذي بدا من المدين يمكن أن يتحقق ، حتى لو كان المدين انتهى بعد تباطؤ إلى القيام بتنفيذ التزامه ، فلا يزال هناك عنت من المدين أصاب الدائن بضرر أدبي ، فيجب تعويضه عنه . ولكن عنصر العنت إنما تبرز أهميته في حالة ما إذا كان المدين قد أصر على عدم التنفيذ ، إذ يكون العنت في هذه الحالة أكثر وضوحاً وأبلغ ضرراً . هذا ولا يخفى ما للتعويض عن عنت المدين من أهمية بالغة ، فهو الذي يجعل للتهديد المالي مزية ليست له في القانون الفرنسي حيث يقتصر القاضي على تقدير التعويض بقدر الضرر الذي أصاب الدائن دون أن يزيد شيئاً ، فيعلم المدين مقدماً أنه لن يحكم عليه بتعويض يزيد على الضرر ، ويفقد التهديد المالي مزيته ولا يصلح أداة للضغط على المدين والتغلب على عناده [1] . وقد أمكن في التقنين المصري الجديد إضافة عنصر العنت إلى التعويض بفضل النص على ذلك صراحة في المادة ٢١٤ كما رأينا [2] . أما في فرنسا فلا يوجد نص يسمح للقاضي بإضافة هذا العنصر ، فلا يستطيع إلا أن يلتزم القواعد العامة في تقدير التعويض .

(١) ومن أجل ذلك يشكو الفقه الفرنسي من أن التهديد المالي ، في الوضع الذي أقره القضاء ، ليس له تأثير كبير في التغلب على عناد المدين . وقد ذهبت بعض المحاكم في فرنسا ، حتى يكون للتهديد المالي التأثير المطلوب ، إلى أن تقضي بغرامة نهائية لا تكون قابلة للتخفيض ، ولكن محكمة النقض الفرنسية (نقض فرنسي ١٣ أبريل سنة ١٩٥١ جازيت دي باليه ١٩٥١ – ١ – ٢٢) أبت أن تقر هذا الموقف (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكررة) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي : " بيد أن الحكم الصادر بالغرامة التهديدية حكم موقوت ، تنتفي علة قيامه متى اتخذ المدين موقفاً نهائياً منه ، إما بوفائه بالالتزام وإما بإصراره على التخلف . فإذا استبان هذا الموقف ، وجب على القاضي أن يعيد النظر في حكمه ليفصل في موضوع الخصومة . فإن كان المدين قد أوفى بالتزامه حط عنه الغرامة إزاء استجابته لما أمر به ، وألزمه بتعويض عن التأخير لا أكثر . وإن أصر المدين على عناده نهائياً ، قدر التعويض الواجب عن الضرر الناشئ عن عدم الوفاء ، ولكن ينبغي أن يراعى في هذا التقدير ما يكون من أمر ممانعة المدين تعنتاً باعتبار هذه الممانعة عنصراً أدبياً من عناصر احتساب التعويض . وفي هذا النطاق يتمثل لب نظام الغرامات المالية ومعقل القوة فيه " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠) ولا يؤخذ مما تقدم أن عنصر العنت لا يحسب حسابه إذا أوفى المدين بالتزامه ، كما يبدو من ظاهر العبارة الواردة في المذكرة الإيضاحية من أن الغرامة في هذه الحالة تحط عن المدين ويلزم بتعويض عن التأخير لا أكثر . فإنه إذا كان هذا هو الغالب، إلا أن ذلك لا يمنع من إدخال عنصر العنت في الحساب ، حتى لو أوفى المدين بالتزامه ولكن بعد تباطؤ ملحوظ ،وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ويترتب على أن عنصر العنت الذي بدا من المدين منصوص عليه في التقنين أن القاضي إذا أغفل هذا العنصر في تقدير التعويض ، خضع لرقابة محكمة النقض ، إذ القانون يلزمه بمراعاة هذا العنصر ، فإذا هو لم يراعه كان هذا إخلال منه بمسألة قانونية (أنظر الأستاذ عبد الحي حجازي في النظرية العامة للالتزام جزء ٣ ص ١٨٨ – ص ١٨٩ – وأنظر في تقدير نظام التهديد المالي الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٥٩) .

ومتى تم للقاضي تقدير التعويض النهائي على النحو الذي بسطناه ، قضي به على المدين ، واستطاع الدائن عندئذ أن ينفذ به على أموال المدين ، لا على أنه تهديد مالي ، بل على أنه تعويض نهائي . والغالب أن يكون هذا التعويض أقل من التهديد المالي [1] ، بل قد لا يرى القاضي في بعض الحالات وجهاً للحكم بتعويض ما لانعدام الضرر وعدم إمعان المدين في العنت ، فيلغى الغرامة المالية دون أن يحل مكانها أي تعويض [2] . على أن التعويض قد يكون في بعض الحالات معادلاً للغرامة المالية ، لا سيما إذا أمعن المدين في العنت والإصرار على تنفيذ التزامه ، فيستبقى القاضي التهديد المالي كما هو دون أن ينقصه، ولكن التهديد المالي تتغير مع ذلك طبيعته فينقلب من تهديد مالي إلى تعويض نهائي [3] . ويجب على القاضي في جميع الأحوال، عند تحويل التهديد المالي إلى تعويض نهائي، أن يسبب حكمه وأن يبين في الأسباب أن التعويض قد قيس بمقياس الضرر الذي أصاب الدائن ، وقد كان الحكم القاضي على المدين بدفع غرامة تهديدية غير مسبب كما سبق القول [4] .

(١) والحكم القاضي بتخفيض الغرامة المالية لا يلغي التنبيه (commandement) ، ولكن يقصر أثره على المبلغ المخفض (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٦) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يجوز للمحكمة أن تلغي الغرامة التهديدية التي قررت إلزام خصم بها ، متى اتضح أن الخصم المذكور نفذ أمر المحكمة بعد الميعاد الذي حددته له بمدة قصيرة ، وأن هذا التأخير ناشئ عن عذر مقبول ، ولكن في هذه الحالة تلزمه بمصروفات الدعوى التي رفعها بطلب إعفائه من الغرامة (٣ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٨٠) .

(٣) استئناف أهلي ١١ يونية سنة ١٩١٧ الشرائع ٥ ص ٤٧ – بني سويف الكلية ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٤ ص ١٧٠ – المنيا الجزئية ٣١ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٨٥ – استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣٩ – ١٨ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٦ .

(٤) نقض فرنسي ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجلة الأسبوع القانوني سنة ١٩٥١ ص ٦٠٨٩ – الأستاذ عبد الحي حجازي في النظرية العامة للالتزام جزء ٣ ص ١٨٧ وهامش رقم ١ .

الباب الثاني

التنفيذ بطريق التعويض

(Exécution par équivalent - Dommages -intérêts)

٤٥٨ – متى يكون التنفيذ بطريق التعويض : رأينا فيما تقدم متى يكون التنفيذ العيني للالتزام . ويمكن أن يستخلص من ذلك متى يكون تنفيذ الالتزام بطريق التعويض [١] .

فإذا أصبح التنفيذ العيني للالتزام مستحيلا بخطأ المدين ، لم يبق إلا التنفيذ بطريق التعويض [1] . ويعتبر التنفيذ العيني مستحيلا إذا كان هذا التنفيذ يقتضي تدخل المدين الشخصي ، وامتنع هذا عن التنفيذ ولم يجد التهديد المالي في التغلب على عناده . وقد مر القول في ذلك .

وحتى إذا كان التنفيذ العيني ممكنا دون تدخل المدين ، ولكن لم يطلبه الدائن ولم يتقدم المدين به ، فإن التنفيذ بطريق التعويض يحل محل التنفيذ العيني كما رأينا .

وحتى إذا طلب الدائن التنفيذ العيني ، ولكن هذا التنفيذ كان مرهقاً للمدين ، وكان عدم القيام به لا يعود بضرر جسيم على الدائن ، فإن القاضي يقتصر على الحكم بتعويض ، وقد سبق تفصيل ذلك .

ثم إنه يجب للتنفيذ بطريق التعويض ، كما يجب للتنفيذ العيني ، إعذار المدين ، وسنتكلم تفصيلا في الإعذار عند الكلام في تقدير التعويض عن طريق القاضي .

٤٥٩ – التنفيذ بطريق التعويض يتناول كل التزام أياً كان مصدره : وكل التزام ، أياً كان مصدره يجوز تنفيذه عن طريق التعويض . فالالتزام العقدي ، سواء كان التزاماً بنقل ملكية أو التزاماً بعمل أو التزاماً بالامتناع عن عمل ، يكون تنفيذه بطريق التعويض في الحالات التي تقدم ذكرها في الفقرة السابقة ، وبخاصة إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا بخطأ المدين . ويصبح التنفيذ العيني مستحيلا في الالتزام بنقل ملكية شيء معين إذا هلك هذا الشيء أو انتقلت ملكيته إلى الغير [١] ، وفي الالتزام بعمل إذا إنعدمت الوسائل اللازمة للقيام بهذا العمل أو كان ينبغي أن يتم القيام به في مدة معينة وانقضت هذه المدة ، وفي الالتزام بالامتناع عن عمل إذا أتى المدين الأمر الممنوع . وقد مر بيان ذلك تفصيلا فيما تقدم .

والالتزامات التي لا يكون مصدرها العقد يغلب أن يكون تنفيذها بطريق التعويض. فالالتزام التقصيري ليس إلا نتيجة للإخلال بالتزام قانوني هو أن يتخذ الشخص الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بغيره ، وجزاء هذا الإخلال هو التعويض ، وهذه هي المسئولية التقصيرية . والالتزام الناشئ من الإثراء بلا سبب ليس إلا نتيجة للإخلال بالتزام قانوني آخر ، هو ألا يثرى الشخص على حساب غيره دون سبب ، وجزاء هذا الإخلال هو التعويض . وكثير من الالتزامات القانونية الأخرى وكون تنفيذها بطريق التعويض ، كالتزام الجار إلا يضر بجاره ضرراً فاحشاً والالتزام بعدم إفشاء سر المهنة . وهناك من الالتزامات القانونية ما يمكن تنفيذه عينا ، كالالتزام بالنفقة والتزامات الأولياء والأوصياء والقوام ، ومع ذلك يجوز عند الإخلال ببعض هذه الالتزامات أن يكون التنفيذ بطريق التعويض .

٤٦٠ – وسائل تنفيذ التعويض : ووسائل تنفيذ التعويض ، كوسائل التنفيذ العيني ، هي التنفيذ الاختياري والتنفيذ الجبري . فإذا حكم على المدين بدفع تعويض للدائن، ولم يدفع المدين هذا التعويض اختياراً – وهذا هو الوفاء (paiement) – جاز للدائن إجباره على الدفع بطريق التنفيذ القهري . ولما كان التعويض عادة هو مبلغ من النقود ، فإنه يمكن

---

(١) وقد سبق أن رأينا أن التعويض ليس التزاما تخييرياً أو التزاماً بدلياً ، وأن الالتزام سواء نفذ تنفيذاً عينياً أو نفذ بطريق التعويض ، هو هو واحد لم يتغير ، والذي تغير هو محل الالتزام فبعد أن كان تنفيذاً عينياً أصبح تعويضاً ، فتبقى الضمانات التي كانت تكمل التنفيذ العيني كافلة للتعويض (أنظر آنفاً فقرة ٤٠٩ والهامش (١)) .

(1) من المقرر أن الأصل وفقا لما تقضى به المادتان ١/٢٠٣ ، ٢١٥ من القانون المدني هو تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ولا يصار إلى عوضه أو التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا استحال التنفيذ العيني ، وأن تقدير تحقق تلك الاستحالة مما يستقل به قاضي الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة .
(جلسة ١٩٩١/٥/١٦ الطعنان ٢٤٦٩ ، ٢٥١٧ لسنة ٥٧ ق) .

(١) أما إذا كان الالتزام بنقل الملكية هو التزام بدفع مبلغ من النقود ، فالتنفيذ العيني والتعويض فيه يستويان، لأن التعويض لا يكون إلا في دفع المبلغ محل الالتزام فيتلاقى مع التنفيذ العيني ، إذ أن النقود لا تتعين بالتعيين .
فالالتزام بدفع مبلغ من النقود يكون إذن قابلا للتنفيذ العيني في جميع الأحوال . ولا يمكن أن يقال هنا إن التنفيذ العيني يتحول إلى تعويض ، فكلاهما شيء واحد ، والأولى أن نسمي هذا الشيء تنفيذاً عينياً لا تعويضاً لأن الأصل هو التنفيذ العيني . ولا يكون هناك تعويض عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود . إلا إذا كان تعويضاً عن التأخر في التنفيذ ، لا تعويضاً عن عدم التنفيذ .
ولا يصح القول إن الالتزام بدفع مبلغ من النقود يصبح تنفيذه العيني مستحيلا إذا كان المدين معسراً ، فإن استحالة التنفيذ العيني ليس معناها صعوبة استيفاء الدين لإعسار قد يعقبه يسار ، بل الاستحالة معناها عدم إمكان التنفيذ مطلقاً في أي حال من الأحوال . ويترتب على ذلك أن الإعسار ، ولو كان بقوة قاهرة ، ليس سبباً في انقضاء الالتزام ، لأنه لا يجعل تنفيذه مستحيلا (الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٢ ص ٤٣٧ هامش رقم ٣ – أنظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٢٣) .

دائماً تنفيذه بطريق الحجز على أموال المدين . ولكن قد يكون التعويض عينياً في بعض الحالات ، فيجوز الالتجاء إلى التهديد المالي للوصول إلى هذا التعويض العيني بطريق غير مباشر . ويصلح الإكراه البدني وسيلة غير مباشرة لتنفيذ التعويض ، على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم .

٤٦١ – كيفية تقدير التعويض : والمهم في التنفيذ بطريق التعويض أن نستعرض الطرق المختلفة لتقدير التعويض .

فتارة – وهذا هو الأصل – يقوم القاضي بتقدير التعويض ، وهذا هو التعويض القضائي .

وطوراً يكون تقديره مقدماً باتفاق الطرفين ، وهذا هو التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي .

وثالثة يكون التقدير عن طريق القانون ، كما وقع ذلك في تحديد سعر الفائدة ، وهذا هو التعويض القانوني [1] .

فنستعرض هذه الطرق المختلفة في فصول ثلاثة :

الفصل الأول

التعويض القضائي

٤٦٢ – الإعذار وتقدير القاضي للتعويض : يجب إعذار المدين ومطالبته بتنفيذ التزامه . وقد رأينا أن هذا واجب في التنفيذ العيني ، وهو واجب أيضاً في التنفيذ بطريق التعويض . بل إن الإعذار في التنفيذ بطريق التعويض ، وبخاصة في التعويض عن تأخر المدين في التنفيذ ، له أهمية بالغة كما سنرى .

وأكثر ما يبرز الإعذار في التعويض القضائي ، وإن كان واجباً أيضاً في التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) كما سيأتي . فآثرنا أن نبحث الإعذار في هذا المكان ، متوخين في ذلك الناحية العملية .

(١) وقد نصت المادة ٢٥٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على " أن تعين قيمة بدل الضرر يكون في الأساس بواسطة القاضي ، وقد يكون بنص قانوني أو باتفاق بين المتعاقدين .

وبعد أن يعذر الدائن المدين ، يقيم عليه الدعوى يطالبه بتنفيذ التزامه . ونحن هنا في صدد التنفيذ بطريق التعويض ، فيطلب الدائن إلى القاضي تقدير التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه ومن جراء تأخره في هذا التنفيذ .

فنتكلم إذن في مسألتين : (أولاً) الإعذار (ثانياً) تقدير القاضي للتعويض .

الفرع الأول

الإعـــذار

(La mise en demeure)

٤٦٣ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢١٨ من التقنين المدني على ما يأتي:

" لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ، ما لم ينص على غير ذلك " .

وتنص المادة ٢١٩ على ما يأتي :

" يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات . كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر "

وتنص المادة ٢٢٠ على ما يأتي :

" لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية : (أ) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين (ب) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع (ج) إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك (د) إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه [1] " .

(١) تاريخ النص :

م ٢١٨ : ورد هذا النص في المادة ٢٩٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٢٥ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٥ – ص ٥٥٦) .

م ٢١٩ : ورد هذا النص في المادة ٢٩٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ، ويجوز أن يتم الإعذار بأي طلب كتابي آخر ، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إنذاره " . وفي لجنة المراجعة حلت عبارة " أي إجراء آخر " محل كلمة " إنذار " الواردة في آخر المادة ، لأن الإعذار بالاتفـــاق عليه =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٧٨/١٢٠ [1] . ولا فرق ما بين التقنين الجديد والقديم في الإعذار وأحكامه ، وإن كانت نصوص التقنين الجديد أكثر تفصيلا ، على أنها ليست إلا تقنيناً لأحكام القضاء في عهد التقنين السابق [2] .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٢١٩ — ٢٢١ ؛ وفي التقنين المدني العراقي المواد ٢٥٦ — ٢٥٨ ، وفي التقنين المدني

— مقدماً يعتبر إعذاراً تم بإجراء معين ، ولا يدخل في الحالات التي لا ضرورة للإعذار فيها وهي الحالات المنصوص عليها في المادة التالية . وأصبح رقم المادة ٢٢٦ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص . وفي لجنة مجلس الشيوخ سئل عما إذا كان الإعذار بكتاب عادي يكفي ، فأجيب بأنه يكفي لأن المراد بالإعذار هو تنبيه المدين إلى أن الدائن غير متهاون في حقه في التنفيذ فلم تأخذ اللجنة بهذا الرأي ، وجعلت الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات ، جائزاً بدلا من جواز الإعذار بطريق الكتاب العادي ، وعدل النص على الوجه الذي استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢١٩ ، ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٦ — ص ٥٥٨) .

م ٢٢٠ : ورد هذا النص في المادة ٢٩٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " لا ضرورة ، في إعذار المدين ، لأي إجراء في الحالات الآتية : (أ) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن بفعل المدين ، وعلى الأخص إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني أو القيام بعمل وكان لا بد أن يتم التنفيذ في وقت معين وانقضى هذا الوقت دون أن يتم ، أو كان الالتزام امتناعاً عن عمل وأخل به المدين . (ب) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع . (ج) إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك . (د) إذا أعلن المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه " . وفي لجنة المراجعة وضعت كلمة " صرح " بدلا من كلمة " أعلن " في البند (د) ، وأصبح رقم المادة ٢٢٧ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى فأصبحت تجرى على الوجه الآتي : " لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية "، وحذفت من البند (أ) عبارة " وعلى الأخص إذا كان محل الالتزام ... الخ " لأنها تورد تطبيقات يجزئ عن إيرادها عموم العبارة ، وأضافت بعد عبارة " غير ممكن " في البند (أ) عبارة " غير مجد " حتى يكون النص شاملا لجميع الصور . وأصبح رقم المادة ٢٢٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٩ — ص ٥٦٢) .

(١) وقد كانت المادة ١٧٨/١٢٠ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " لا تستحق التضمينات المذكورة إلا بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفاً رسمياً " .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " اقتصر المشروع في شأن الإعذار بوجه عام على ضبط حدود بعض الأحكام ضبطاً قصد به إلى علاج ما يعتور من نصوص التقنين الحالي (السابق) من اقتصاب مخل ويراعى بادئ ذي بدء أنه لم يأت على وجه الإطلاق بجديد فيما يتعلق بقاعدة وجوب الإعذار وما يرد عليها من استثناءات . على أن ذلك لم يصرفه عن استحداث أحكام أخرى ، قد يكون أهمها ما يتصل بإصلاح الإجراءات المتبعة في إعذار المدين ، فقد قضى المشروع بجواز الاكتفاء بمجرد طلب كتابي في المواد المدنية . وهو بهذا يخالف ما جرى عليه القضاء المصري دفعاً لحرج الغلو في التشبث بشكلية الإجراءات " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٤) . وقد رأينا أن هذا التحديد الذي كان يقضي بالاكتفاء في الإعذار بطلب كتابي قد حذفته لجنة مجلس الشيوخ .

الليبـي المواد ٢٢١ - ٢٢٣ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٢٥٣ و ٢٥٧ و٢٥٨ [1] .

ويتبين مما قدمناه من نصوص التقنين المدني المصري أن التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين، وأن الإعذار يتم بإجراءات معينة، وأن هناك حالات لا ضرورة فيها للإعذار . وإذا تم الإعذار ترتبت عليه نتائج قانونية معينة .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢١٩ — ٢٢١ : (مطابقة للمواد ٢١٨ — ٢٢٠ من التقنين المدني المصري ، مع ملاحظة أن الإنذار في التقنين السوري يكون بواسطة الكاتب العدل وأنه يجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في القوانين الخاصة : م ٢٢٠ سوري)

التقنين المدني العراقي م ٢٥٦ : (مطابقة للمادة ٢١٨ من التقنين المدني المصري) .

م ٢٥٧ : يكون إعذار المدين بإنذاره . ويجوز أن يتم الإعذار بأي طلب كتابي آخر ، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إنذار . (وهذا النص — كالمشروع التمهيدي للتقنين المصري — يجيز الإعذار بطلب كتابي غير رسمي) .

م ٢٥٨ : (مطابقة للمشروع التمهيدي لنص المادة ٢٢٠ من التقنين المصري ، ولا تختلف في الحكم عن التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٢١ — ٢٢٣ : (مطابقة للمواد ٢١٨ — ٢٢٠ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٣ : يجب لاستحقاق بدل العطل والضرر : أولا — أن يكون قد وقع ضرر . ثانيا — أن يكون الضرر معزواً إلى المديون . ثالثاً — أن يكون قد أنذر المديون لتأخره فيما خلا الأحوال الاستثنائية . (وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصري) .

م ٢٥٧ : إن تأخر المديون الذي بدونه لا يستهدف لأداء بدل العطل والضرر ينتج في الأساس عن إنذار يرسله إليه الدائن بطريقة ما . وإنما يجب أن يكون خطياً (ككتاب مضمون أو برقية أو إخطار أو إقامة الدعوى عليه أمام المحكمة وإن لم تكن ذات صلاحية) . وإن هذا الإنذار يوجب مع قطع النظر عن ماهية الموجب وعن أصله أو أصل بدل الضرر . (وهذا النص يجيز الإعذار بكتاب مسجل أو برقية أو إخطار مكتوب ، فهو كالمشروع التمهيدي للتقنين المصري وكالتقنين العراقي : أنظر الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ١٦) .

م ٢٥٨ : لا يبقى الإنذار واجباً : (١) عندما يصبح التنفيذ مستحيلا . (٢) عندما يكون الموجب ذا أجل حال موضوع لمصلحة المديون ولو بوجه جزئي على الأقل . (٣) عندما يكون موضوع الموجب المطلوب أداؤه رد شيء يعلم المديون أنه مسروق أو كان المديون قد أحرزه عن علم بوجه غير مشروع . ففي الحالات الثلاث المتقدم بيانها يكون المديون حتما في حالة التأخر بدون أي تدخل من قبل الدائن . (وهذا النص يختلف عن التقنين المصري في أمرين: (١) يجعل حلول الأجل في دين مؤجل لمصلحة المدين ولو جزئياً كافياً ولا حاجة لإعذار المدين في هذه الحالة ، وهذا الحكم أقرب إلى التقنينات الجرمانية وبعض التقنينات اللاتينية كما سنرى . (٢) لا يجعل من حالات عدم ضرورة الإعذار حالة ما إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه . ويذهب الدكتور صبحي المحمصاني — في كتابه آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ١٧ — إلى أن عدم ضرورة الإعذار في حالة تصريح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه ، بالرغم من إغفال النص عليه ، مقبول في لبنان " وفاقاً للقياس وللمبادئ العامة ، فالإنذار لا يلزم لعدم الفائدة منه ولثبوت خطأ المدين بإقراره ") .

فنتكلم إذن فيما يأتي : (١) معنى الإعذار (٢) كيف يتم الإعذار (٣) الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار (٤) النتائج القانونية التي تترتب على الإعذار .

٤٦٤ – معنى الإعذار : إعذار المدين هو وضعه قانوناً في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه (mise en demeure, mora, retard) . ذلك أن مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي في جعل المدين في الوضع القانوني (dies non interpellat pro homine) ، بل لا بد من إعذاره [١] . فقد يحل أجل الالتزام ، ومع ذلك يسكت الدائن عن أن يتقاضى التنفيذ من المدين ، فيحمل ذلك منه محمل التسامح وأنه لم يصبه ضرر من تأخر المدين في تنفيذ التزامه ، وقد رضي ضمناً بمد الأجل مادام يستطيع الانتظار دون ضرر يصيبه من ذلك . أما إذا كان الدائن يريد من المدين أن ينفذ التزامه الذي حل أجله ، فعليه أن يشعره بذلك عن طريق إعذاره بالطرق التي رسمها القانون [٢] . وعند ذلك يصبح المدين ملزماً بتنفيذ التزامه فوراً ، وكل تأخر في التنفيذ يستوجب التعويض [٣] .

وفكرة الإعذار هذه من تقاليد القانون الفرنسي [٤] ، نقلها عنه التقنين المدني المصري السابق ، واستبقاها التقنين المدني المصري الجديد . وقد عدلت عنها القوانين الجرمانية وبعض القوانين اللاتينية ، واعتبرت أن مجرد حلول أجل الالتزام كاف لإشعار المدين

(١) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٣٧ وهامش رقم ٤ .

(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الالتزام واجب التنفيذ في محل إقامة الدائن ولم يحضر المدين للتنفيذ يوم حلول الأجل ، اعتبر معذراً دون حاجة إلى أي إجراء (٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٣) ، وإذا كان الدين يدفع على أقساط في مدد قصيرة ، وأعذر المدين لأحد هذه الأقساط ، فلا يمكن أن يعتبر في حاجة إلى الإعذار في كل قسط لاحق يحل بعد مدة قصيرة (١٤ يونية ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٣ – أنظر أيضاً ديموج ٦ فقرة ٢٣٨) .

(٣) استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٨٩٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢٣ ص ٢٢٣ – ويكون الإعذار عند حلول أجل الدين أو بعده ، ولكن لا يكون قبله (استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٨٨٦ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١١ ص ٢٨) . ويصح أن يمنح الدائن للمدين في الإعذار أجلاً لتنفيذ الالتزام دون أن يؤثر الأجل في قوة الإعذار ، فمتى حل الأجل الممنوح أصبح المدين معذراً (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٨) ، وإذا شطب الدائن دعواه بعد أن استوفى جزءاً من دينه، حمل هذا على تنازل الدائن عن أثر الدعوى في إعذار المدين (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٣) .

ويقابل إعذار المدين إعذار الدائن ، فقد يعذر المدين الدائن إذا رفض هذا قبول الوفاء دون مبرر ، بأن يعرض عليه الدين عرضاً حقيقياً وفقاً للإجراءات التي نص عليها القانون (م ٣٣٤ – ٣٤٠ مدني – أنظر دي باج ٣ فقرة ٨٦ – فقرة ٨٧) .

(٤) وكان القانون الروماني يستوجب الإعذار ، أما القانون الفرنسي القديم فكان لا يستوجبه في القرنين السادس عشر والسابع عشر ، وفي القرن الثامن عشر عاد بوتييه إلى تقاليد القانون الروماني فاستوجب الإعذار (كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٥١) .

بوجوب التنفيذ دون حاجة لإعذار ، وأن تأخر المدين عن تنفيذ التزامه بعد حلول الأجل يجعله مسئولا عن التعويض [١] .

٤٦٥ – كيف يتم الإعذار : الأصل في إعذار المدين أن يكون بإنذاره ، والإنذار (sommation) ورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين فيها الدائن في وضوح أنه يطلب من المدين تنفيذ التزامه . وهذا هو الطريق المعتاد لإعذار المدين ، حتى صح أن يقال : " قد أعذر من أنذر [٢] " .

وقد بين تقنين المرافعات (م ٦ – ١٣) كيف يعلن المحضر الإنذار : يسلم صورة الإنذار إلى المدين نفسه في موطنه ، فإن لم يجده سلمها إلى وكيله أو خادمه أو من يكون ساكناً معه ، وإلا سلمها إلى جهة الإدارة على الوجه المبين في تقنين المرافعات في النصوص المشار إليها . ولما كانت المادة ٢١٩ مدني تقضي بأنه يجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في تقنين المرافعات ، وجب الرجوع إلى هذا التقنين أيضاً في ذلك . وكان قانون المرافعات السابق يجيز " الإعلان على يد المحضر بطريق البريد في الأحوال بينها القانون، وكذلك كان يجيز الإعلان بهذا الطريق إذا اختاره الطالب كتابة على أصل الورقة في الأحوال التي يكون فيها الإعلان في قلم الكتاب أو في الموطن المختار بشرط أن يكون هذا الموطن مكتب أحد المحامين" . وقد أصدر المشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٣ وتضمن إلغاء المواد من ١٥ – ١٩ من قانون المرافعات المنظمة للإعلان بطريق البريد . ولم يأخذ أيضاً قانون المرافعات الحالي بنظام الإعلان بطريق البريد .

وليس الإنذار هو الطريق الوحيد لإنذار المدين . فهناك ما يقوم مقام الإنذار [٣] . وأية ورقة رسمية تظهر منها بجلاء رغبة الدائن في أن ينفذ المدين التزامه تقوم مقام الإنذار [١].

(١) أنظر التقنين المدني الألماني (م ٢٨٤) ، وتقنين الالتزامات السويسري (م ١٠٢) ، والتقنين المدني النمساوي (م ١٣٣٤) ، وتقنين الالتزامات البولوني (م ٢٤٣) ، والتقنين المدني البرازيلي (م ٩٦٠) ، والتقنين المدني البرتغالي (م ٧١١) ، والتقنين المدني الصيني (م ٢٢٩) ، والتقنين المدني الياباني (م ٤١٢) ، وتقنين الالتزامات التونسي والمراكشي (م ١٢١٩) فيستوجبان الإعذار ، ولكن يكفي فيه كتاب غير رسمي . أنظر في هذه المسألة والتون ٢ ص ٢٢٤ – ص ٢٢٥ .

(٢) فالإعذار هو إذن إرادة منفردة تصدر من الدائن ، ويعلن بها المدين (déclaration réceptive). وتفرغ في شكل خاص (ديموج ٦ فقرة ٢٣٣ ص ٢٥٤) . ومن ثم يجوز صدور الإعذار من الدائن أو نائبه أو من فضولي (وتكون مطالبة الدائن بالتعويض إجازة منه) ، ويشترط فيمن يصدر عنه الإعذار أهلية الإدارة دون أهلية التصرف (ديموج ٦ فقرة ٢٣٧) .

(٣) ولا يقوم مقام الإنذار إقرار المدين في دعوى أخرى أن الدائن قد أنذره ، بل يجب على الدائن تقديم أصل الإنذار حتى تتبين المحكمة استيفاءه للشروط الواجبة . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يكفي لترتيب =

حى ذلك التنبيه الرسمي (commandement) الذي يسبق التنفيذ . ومن ذلك أيضاً صحيفة الدعوى (citation en justice) : ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة . ومن ذلك محضر الحجز ، وهو من أعمال التنفيذ [1] . وكثيراً ما يقع أن ينذر الدائن المدين في نفس صحيفة الدعوى ، فتكون هذه الصحيفة إنذاراً ومطالبة قضائية في وقت واحد ، ولكن إذا بادر المدين في هذه الحالة إلى التنفيذ بمجرد أن تعلن إليه صحيفة الدعوى كانت مصروفات الدعوى على الدائن . لأن المدين يكون قد نفذ التزامه بمجرد إعذاره [2] .

أما إذا كانت الورقة غير رسمية ، ككتاب ولو كان مسجلا أو برقية ، فلا تكفى للإعذار في المسائل المدنية [3] ، إلا إذا كان هناك اتفاق بين الدائن والمدين على أنها تكفى ذلك أنه يجوز الاتفاق على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي

– الأثر القانوني للإنذار أن يكون المشترى قد قال في دعوى أخرى أن البائع أنذره ، مادام ذلك القول قد صدر في وقت لم يكن النزاع على العقد المتنازع فيه مطروحاً ، بل يجب تقديم الإنذار حتى يمكن للمحكمة أن تتبين إن كان يترتب عليه الفسخ أم لا ، وذلك بالرجوع إلى تاريخه وما تضمنه ، لأنه قد يكون حاصلا قبل الميعاد المعين للوفاء أو قبل قيام البائع بتعهداته التي توقفت عليها تعهدات المشترى (نقض مدني ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٢ ص ٢٩٣) .

(1) الأصل في الإعذار أن يكون بإنذار المدين على يد محضر بالوفاء بالتزامه الذي يخلف عن تنفيذه ، ويقوم مقام الإنذار كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين إلى الوفاء بالتزامه ويسجل عليه التأخير في تنفيذه ولا يتطلب القانون أن تتضمن الورقة فوق ذلك تهديد المدين بطلب فسخ العقد في حال عدم وفائه بالتزامه ، ذلك لأن الفسخ والتعويض كليهما جزاء يرتبه القانون على تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه في العقود الملزمة للجانبين وليس بلازم أن ينبه المدين إليهما قبل رفع الدعوى بطلب أيهما وإذا كان بروتستو عدم الدفع ورقة رسمية يقوم بإعلانها المحضر إلى المدين في السند لإثبات امتناعه عن الدفع ، وقد نصت المادة ١٧٤ من قانون التجارة (السابق) على أن يعمل هذا البروتستو على حسب الأحوال المقررة فيما يتعلق بأوراق المحضرين ، كما تتطلب المادة ١٧٥ من هذا القانون أن تشمل ورقة البروتستو على التنبيه الرسمي على المدين بدفع قيمة السند، فإن البروتستو يعتبر إعذار للمدين بالمعنى الذي يتطلبه القانون في الإعذار .

(جلسة ١٩٨٤/٢/٦ الطعن ١١١٠ لسنة ٤٩ ق س ٣٥ ص ٣٩٨) .

(جلسة ١٩٨٤/٣/١٢ الطعن رقم ١١٦٤ لسنة ٤٨ ق س ٣٥ ص ٦٤٥) .

(جلسة ١٩٦٤/١١/١٢ الطعنان رقم ٥٢٣ ، ٥٢٤ لسنة ٢٩ ق س ١٥ ص ١٠٢٨) .

(١) استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤ — ٢٧ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٩ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٣ .

(٢) ولا يكفي في الإعذار الطلب الذي قدم لمجنة المعافاة القضائية (ديموج ٦ فقرة ٢٣٣ ص ٢٥٤) .

(٣) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٩ (إخطار شفوي لا يكفى) — ١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٣٣ — ومع ذلك أنظر : استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٦ ص ١٧٤ — ٣١ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢١٨ — استئناف مصر ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية رقم ١١٩ ص ٣٧٩ . وقارن ديموج ٦ فقرة ٢٣٥ .

إجراء ، فمن باب أولى يجوز الاتفاق على أن الإعذار تكفى فيه ورقة غير رسمية أو إخطار شفوي [1] .

وأما في المسائل التجارية فيكفي في الإعذار أن يكون بورقة غير رسمية وفقاً للعرف التجاري ، بل إن مجرد الإخطار الشفوي يكفى إذا كان العرف التجاري يقضي بذلك . والمهم أن يقدم الدائن ما يثبت أن الإعذار قد تم على هذا الوجه [2] .

٤٦٦ — الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار : هناك حالات لا ضرورة فيها للإعذار ، ويعتبر مجرد حلول الدين إشعاراً كافياً للمدين بوجوب تنفيذ التزامه وإلا كان مسئولا عن التعويض . وهذه الحالات ترجع إما إلى الاتفاق ، وإما إلى حكم القانون ، وإما إلى طبيعة الأشياء ، وقد نص عليها جميعاً في المادتين ٢١٩ و ٢٢٠ من التقنين المدني .

فقد يتفق الطرفان مقدماً على أن المدين يكون معذراً بمجرد حلول أجل الالتزام دون حاجة إلى أي إجراء [1] . ويكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمنياً [1] . ومثل الاتفاق

(١) ويجب على الدائن إثبات حصول الإخطار الشفوي وفقاً للقواعد العامة في الإثبات . هذا وقد كان المشروع التمهيدي ينص على جواز أن يتم الإعذار بطلب كتابي ولو غير رسمي ، ولكن حذف هذا النص في لجنة مجلس الشيوخ (أنظر آنفاً تاريخ نص المادة ٢١٩ : فقرة ٤٦٣ في الهامش) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أنه " يجوز الإعذار بالكتابة أياً كانت صورتها ، ولو كانت من قبيل الخطابات أو البرقيات " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦١) ، وذلك قبل التعديل الذي أدخلته لجنة مجلس الشيوخ.

ويميل القضاء في فرنسا إلى عدم التشبث بشكلية الإعذار ، ويجعل لقاضي الموضوع سلطاناً لا يخضع لرقابة محكمة النقض في تقدير ما إذا كانت الورقة المرسلة إلى المدين تقطع فيما اشتملت عليه من العبارات برغبة الدائن في أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه ، فتعير مضمون الورقة أهمية أكبر مما تعير الشكل (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٧٢ ص ٨٤ — ديموج ٦ فقرة ٢٣٤) . وفي بلجيكا يكتفى في الإعذار بكتاب غير رسمي أو ببرقية مادام إثبات ذلك ممكناً ، وإذا أقر المدين بورود الكتاب أو البرقية كان في هذا الإقرار إثبات كامل، ويعتبر المدين في هذه الحالة معذراً (دي باج ٣ فقرة ٨٠) ويعتبر حصول إعذار المدين مسألة واقع لا مسألة قانون ، فلا يخضع لرقابة محكمة النقض (دي باج ٣ فقرة ٨١) .

وقد رأينا أن كلا من التقنين المدني العراقي (م ٢٥٧) وتقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٢٥٧ كذلك) يكتفى في الإعذار بكتاب غير رسمي (أنظر آنفا فقرة ٤٦٣ في الهامش) .

(٢) استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٤٠ — ١٣ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١١٤ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٩ — ١٢ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٠ — ٢١ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ — ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٦ جازيت ٢٨ رقم ٧٤ ص ٨٤ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٧٣ — أنظر أيضاً في فرنسا بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٧٢ ص ٨٣ .

الضمني أن يوجب رب العمل على المقاول إتمام البناء في تاريخ معين ، وأن يشترط الدائن في عقد التوريد وجوب التسليم فوراً (librable de sirite) [٢] .

ويجب أن يكون الاتفاق الضمني غير محل للشك ، فوضع شرط جزائي في العقد لا يفهم منه الإعفاء من الإعذار [٣] ، واشتراط حلول جميع الأقساط عند تأخر المدين في دفع قسط منها لا يمنع من وجوب الإعذار إلا إذا كان هناك اتفاق واضح على العكس [٤] . وقد

(١) وقد ورد في تاريخ نص المادة ٢١٩ (أنظر آنفاً فقرة ٤٦٣ في الهامش) أن لجنة المراجعة ذهبت إلى أن الإعذار بالاتفاق عليه مقدماً يعتبر إعذاراً تم بإجراء معين هو هذا الاتفاق ، فلا يدخل في الحالات التي لا ضرورة للإعذار فيها . ولم نجار اللجنة في هذا الرأي ، بل أدمجنا حالة الاتفاق مقدماً ضمن الحالات الأخرى التي لا ضرورة فيها للإعذار ، ففي هذه الحالات جميعاً يعتبر المدين معذراً بمجرد حلول الدين دون حاجة إلى أي إجراء . ولا يمكن اعتبار الاتفاق مقدماً إجراء لإعذار المدين ، بل هو اتفاق على ألا يكون هناك إجراء لهذا الإعذار .

(1) أ - إن التكليف الرسمي المنصوص عليه في المادة ١٢٠ من القانون المدني (قديم المقابلة للمادة ٢١٨ مدني جديد) ليس لازماً في جميع الأحوال فقد يتفق المتعاقدان على الإعفاء منه وقد لا يكون له محل بحكم طبيعة التعهد ذاته .

(جلسة ١٩٤٥/١٠/٢٩ الطعن رقم ١٢٤ لسنة ١٤ ق) .

ب - الإعذار قد شرع لمصلحة المدين وله أن يتنازل عنه إذا لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بأن الدائن لم يعذره قبل رفع الدعوى ، فلا يقبل منه إثارة هذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض ، وإذ خلت الأوراق مما يدل على سبق تمسك الطاعنة بعدم إعذارها قانوناً قبل رفع الدعوى ومن ثم يعد دفاعها هذا سبباً جديداً وبالتالي غير مقبول .

(جلسة ١٩٩١/٤/٢٢ الطعن رقم ١٤٣٢ لسنة ٥٩ ق) .

ج - القانون وإن نص على أن التضمينات المترتبة على عدم الوفاء بكل المتعهد به أو بجزء منه ، أو المترتبة على تأخير الوفاء ، لا تستحق إلا بعد تكليف المتعهد تكليفاً رسمياً بالوفاء ، إلا أنه متى كان ثابت أن الوفاء أصبح متعذراً ، أو كان المتعهد قد أعلن إصراره على عدم الوفاء ، ففي هذه الأحوال وأمثالها لا يكون للتنبيه من مقتضى ، وإذن فإذا أثبت الحكم أن المتعهد قد بدا منه عدم الوفاء بما تعهد به ، وأظهر للدائن رغبته في ذلك ، فإنه إذا قضي للدائن بالتعويض الذي طلبه من غير أن يكون قد نبه على المدين بالوفاء تنبيهاً رسمياً ، لا يكون قد خالف القانون في شيء .

(جلسة ١٩٤١/٥/٢٢ الطعن رقم ١٣ لسنة ١١ ق) .

(٢) بيرو : أنسيكلوبيدي دالوز ٣ (Mise en demeure) فقرة ٧ .

(٣) دافيد : مقال في الإعذار منشور في المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٩ ص ١٠٩ .

(٤) كفر الشيخ ٢٨ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠رقم ١٠ – والتون ٢ ص ١٢٢ – قارن مع ذلك استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٥ . ومجرد أن يشترط في عقد البيع أن يكون مفسوخاً من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن لا يعفي من الإعذار ، وإذن فباطل زعم المشترى أن الإنذار الرسمي المعلن من البائع بوفاء التزاماته في مدى أسبوع وإلا عد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلاً منه عن خيار الفسخ ، فإن ذلك الإنذار واجب قانوناً لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح (نقض مدني ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨) .

يوجد اتفاق على عدم الحاجة إلى الإعذار ، ولكن الدائن ينسخ هذا الاتفاق بتصرفه ، كما إذا اشترطت شركة التأمين على المؤمن عليه عدم الحاجة إلى الإعذار في اقتضاء أقساط التأمين ثم تتعود بعد ذلك أن تعذره كلما تأخر أو أن ترسل إليه عامل التحصيل ليتسلم الأقساط المستحقة [١] .

وقد يقضي القانون بعدم الحاجة إلى الإعذار . وقد نص فعلا في المادة ٢٢٠ على ألا ضرورة للإعذار في حالات معينة ، بعضها كان في حاجة إلى هذا النص ، وبعضها يرجع إلى طبيعة الأشياء .

فأما ما كان في حاجة إلى النص فالحالة التي يكون فيها محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق ، أو رد شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك . ففي هذه الحالة يكون المدين سيئ النية ، ويكون واجباً عليه أن يرد الشيء إلى الدائن ، وليس الدائن – بمقتضى النص – في حاجة إلى إعذاره . ومن ثم يجب على المدين أن يبادر فوراً إلى رد الشيء للدائن، دون إعذار ، وإلا كان مسئولا عن التأخر في الرد [٢] . وهناك حالات أخرى متفرقة في نواحي القانون ، نص فيها على وجوب تنفيذ المدين لالتزامه دون حاجة إلى إعذار . منها ما قضت به الفقرة الثانية من المادة ٧٠٦ مدني من أن الوكيل ملزم بفوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وكانت القاعدة العامة تقضي بأن الفوائد تستحق ، لا من يوم الإعذار فحسب ، بل من يوم المطالبة القضائية كما سنرى ، وهنا استحقت الفوائد دون مطالبة قضائية بل دون إعذار من يوم استخدام الوكيل المبالغ لصالحه . ومنها ما قضت به المادة ٧١٠ مدني من أن الموكل يلتزم بأن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الاتفاق ، وهنا أيضاً تستحق الفوائد لا من وقت المطالبة القضائية ولا من وقت الإعذار بل من وقت الإنفاق [٣] .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٦ ص ٤٢١ هامش رقم ٢ .

(٢) وقد كان هذا هو أيضاً الحكم في عهد التقنين المدني السابق ، دون أن يكون هناك نص صريح يقضي بذلك (الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٦ ص ٤٢١ – ص ٤٢٢ – استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٨ – إسكندرية الكلية المختلطة ١٥ مايو سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ١٣٩ ص ٣٤٥ – أنظر مع ذلك استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥) .

(٣) أنظر أيضاً المادة ١٩٥ مدني وتنص على أن " يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التي التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ... " .

والمادة ٤٥٨ فقرة أولى مدني وتنص على أنه " لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشترى أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره " . والمادة ٥١٠ مدني وتنص على أنه " إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته –

وأما ما يرجع إلى طبيعة الأشياء وورد مع ذلك فيه النص فثلاث حالات :

(أولا) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين [1] . فلا معنى إذن لإعذار المدين ، وهذا ما تقضي به طبائع الأشياء ، لأن الإعذار هو دعوة المدين إلى تنفيذ التزامه وقد أصبح هذا التنفيذ غير ممكن أو غير مجد بفعله ، فاستحق عليه التعويض دون حاجة إلى إعذار . ولو كانت استحالة التنفيذ نشأت بغير فعل المدين لانقضى الالتزام ، ولما كان المدين مسئولا حتى عن التعويض . وتتحقق الحالة التي نحن في صددها في فروض مختلفة. منها أن يكون تنفيذ الالتزام غير مجد إلا في وقت معين فيفوت هذا الوقت دون أن ينفذ المدين التزامه ، كأن يلتزم مقاول ببناء مكان في معرض لأحد العارضين وينتهي العرض قبل أن ينفذ المقاول التزامه ، وكأن يلتزم محام برفع استئناف عن حكم وينتهي ميعاد الاستئناف قبل أن يرفعه [2] . ومنها أن يكون الالتزام بالامتناع عن عمل ثم يخل المدين بالتزامه ويأتي العمل الممنوع ، فلا فائدة من الإعذار في هذا الفرض إذ أصبح التنفيذ العيني غير ممكن [3] . ومنها أن يبيع شخص من آخر عقاراً ، ثم يبيعه من ثان ويسجل هذا عقده قبل أن يسجل الأول ، فيصبح تنفيذ التزام البائع نحو المشترى الأول غير ممكن ، ومن ثم لا ضرورة للإعذار . ومنها التزام المؤجر بإجراء إصلاحات في العين المؤجرة ، فما فات من الوقت دون إجراء هذه الإصلاحات مع حاجة العين إليها لا يلزم فيه إعذار ، على أن يخطر المستأجر المؤجر بحاجة العين إلى الإصلاحات بمجرد إخطار ليس من الضروري أن يكون في شكل الإعذار ، بل لو أخطره شفوياً – وله أن يثبت الإخطار بجميع الطرق لأنه يعتبر هنا واقعة مادية – فإن هذا يكفى [4] . وفي العقود الزمنية أو المستمرة (successifs) لا ضرورة

= في الشركة مبلغاً من النقود ، ولم يقدم هذا المبلغ ، لزمته فوائده من يوم استحقاقه من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلي عند الاقتضاء " . والمادة ٥٢٢ مدني تنص على أنه " (١) إذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغاً من مال الشركة ، لزمته فوائد هذا المبلغ من يوم أخذه او احتجازه ، بغير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق للشركة من تعويض تكميلي عند الاقتضاء . (٢) وإذا أمد الشريك الشركة من ماله ، أو أنفق في مصلحتها شيئاً من المصروفات النافعة عن حسن نية وتبصر ، وجبت له على الشركة فوائد هذا المبلغ من يوم دفعها " . والمادة ٨٠٠ فقرة ٣ مدني وتنص على أن " يكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع " .

(١) قارن استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ .

(٢) استئناف مصر ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ ص ٣٧٩ .

(٣) استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ٢٣٥ – استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ... جازيت ٢ رقم ١٥٩ – ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ .

(٤) كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٨٥٣ ص ١١٤ – برو : أنسيكلو بيدي داللوز ٣ (... demeure) فقرة ٢٥ .

للإعذار إذا تأخر المدين عن تنفيذ التزامه الزمني ، لأن ما تأخر فيه لا يمكن تداركه لفوات الزمن ، فالتزام شركات المياه والنور والغاز بتوريد ما تقوم عليه من مرافق للمستهلكين ، والتزام المتعهد بتوريد الغذاء لمستشفى أو لمدرسة ، والتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، كل هذه التزامات زمنية إذا أخل بها المدين استحق عليه التعويض ولو قبل الإعذار [1] .

(ثانياً) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع . ذلك أن العمل غير المشروع إنما هو إخلال بالتزام الشخص أن يتخذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير، ومتى أخل الشخص بهذا الالتزام فأضر بالغير ، لم يعد التنفيذ العيني للالتزام ممكناً، فلا جدوى إذن في الإعذار [2] . ويمكن القول أن كل التزام ببذل عناية – ومن ذلك الالتزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير – يكون الإخلال به غير ممكن تداركه، ومن ثم لا يلزم الإعذار لاستحقاق التعويض عن هذا الإخلال . ويرد ذلك إلى القاعدة التي بسطناها في الحالة الأولى ، إذ أنه متى أخل المدين بالتزام في ذمته ببذل عناية فقد أصبح التنفيذ العيني لهذا الالتزام غير ممكن ، فلا ضرورة إذن للإعذار . ونرى من ذلك أن هذه الحالة الثانية ليست في الواقع إلا تطبيقاً من تطبيقات الحالة الأولى [3] .

---

(١) الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٦٠ – هذا وقد رأينا في تاريخ نص المادة ٢٢٠ (أنظر آنفاً فقرة ٤٦٣ في الهامش) أن المشروع التمهيدي لهذه المادة كان يتضمن العبارة الآتية : " إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن بفعل المدين ، وعلى الأخص إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني أو القيام بعمل ، وكان لا بد أن يتم التنفيذ في وقت معين وانقضى هذا الوقت دون أن يتم ، أو كان الالتزام امتناعاً عن عمل وأخل المدين " . وقد حذفت لجنة مجلس الشيوخ هذه العبارة من أول كلمة " وعلى الأخص "، لأنها تورد تطبيقات يجزئ عن إيرادها عموم العبارة ، ثم أضافت بعد عبارة " غير ممكن " عبارة " أو غير مجد " حتى يكون النص شاملا لجميع الصور .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٩٦ – ٥ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٣ .

(٣) وقد قدمنا أن الصحيح أن يقال إن العمل غير المشروع هو إخلال بالتزام اتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، فهو إخلال بالتزام بعمل ، لا إخلال بالتزام بالامتناع عن عمل هو عدم الإضرار بالغير . ويذهب الأستاذ إسماعيل غانم (أحكام الالتزام فقرة ١٤ ص ٢٦ وفقرة ٤٢ ص ٥٧) إلى أن الالتزام بعدم الإضرار بالغير – أو باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير على الوجه الذي ذهبنا إليه – ليس التزاما بالمعنى الدقيق ، بل هو واجب قانوني عام " باحترام الحدود التي رسمها القانون لكي يستطيع كل عضو في المجتمع أن يزاول نشاطه دون جور على غيره " ، ولذلك لم يتحدد في شخص الدائن ، ولا يتضمن معنى العبء إذ يتساوى فيه الجميع . وإنما الالتزام بالمعنى الفني الدقيق هو الالتزام بالتعويض عن الضرر الناتج عن الخطأ ، وبالنسبة إلى هذا الالتزام من المتصور أن يدعو الدائن المدين إلى القيام به عن طريق الإعذار ، ولكن لما كان المدين مقصراً من يوم نشوء التزامه ، فقد رأى القانون في ذلك سبباً كافياً لإعفاء الدائن من الإعذار .

(ثالثاً) إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه . فبعد هذا التصريح [illegible] بالكتابة لا جدوى في إعذاره ، فهو قد رد سلفاً أنه لا يريد القيام بالتزامه [1] . ولا يكفي التصريح أمام شهور ، فالقانون قد اشترط الكتابة . على أن الظاهر أن الكتابة هنا للإثبات ، فلو أقر المدين أن صرح بعدم إرادته القيام بالتزامه ، أو نكل عن اليمين التي وجهت إليه في ذلك ، لكان ذلك كافياً في إثبات التصريح المطلوب للإعذار [2] .

ولما كانت هذه الحالات الثلاث [3] إنما تقضي بها طبائع الأشياء كما قلمنا ، فقد كان معمولا بها في عهد التقنين المدني السابق ، دون أن يشتمل هذا التقنين على نص يقابل نص التقنين المدني الجديد الذي سبق أن أوردناه [4] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٧ – ٢٣ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٦٨ – أول يونية سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥٥ – أنظر أيضاً أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٣٩ – ديموج ٦ فقرة ٢٣٦ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٧٣ ص ٨٥ – قارن دي باج ٣ فقرة ٧٦ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض ، في عهد التقنين المدني السابق ، بأن القانون لا يتطلب إعذار الملتزم متى كان قد أعلن إصراره على عدم الوفاء ، واستخلاص هذا الإصرار من الدليل المقدم لإثبات حصوله هو مسألة موضوعية لا سلطان فيها لمحكمة النقض على محكمة الموضوع (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٠ ص ٤٣٥) . فيكون التقنين الجديد قد استحدث أن يكون الدليل بالكتابة – هذا وإذا أقر المدين بتقصيره في القيام بالتزامه ، قام هذا الإقرار مقام الإعذار (إسكندرية الأهلية ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٨ ص ٢٢٣) .

(٣) أنظر في هذه الحالات الثلاث المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٠ – ص ٥٦١ – ويلاحظ أنه في الحالات التي لا تكون فيها حاجة للإعذار ، ويكون المدين مطلوبا (quérable) لا محمولا (portable) ، لا يعفي عدم الحاجة إلى الإعذار الدائن من أن يسعى لتقاضي الدين في موطن المدين (كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٥٣ ص ١١٤ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٤٠) .

(٤) الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٦ ص ٤٢٢ – ص ٤٢٣ – وأحكام القضاء في عهد التقنين المدني السابق في هذا المعنى . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن الإعذار ليس لازماً في جميع الأحوال ، فقد يتفق المتعاقدان على الإعفاء منه ، وقد لا يكون له محل بحكم طبيعة التعهد ذاته (نقض مدني ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٧٢ ص ٧٤٦) . وقضت بأنه متى كان ثابتاً أن الوفاء أصبح متعذراً، أو كان المتعهد قد أعلن إصراره على عدم الوفاء ، ففي هذه الأحوال وأمثالها لا يكون للتنبيه من مقتض (نقض مدني ٢٢ مايو سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١١٩ ص ٣٧٣ – ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٠ ص ٤٣٥) . وقضت بعدم ضرورة الإعذار في حالة المسئولية التقصيرية وفي حالة المسئولية العقدية عند الإخلال بالتزام سلبي (أول يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥١ ص ٥١٣ – ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٩ ص ٩٨) أنظر أيضاً : استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٥ – ١١ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٨ – ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٠ – ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ – ٥ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٣ – ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٤ جازيت ٩ رقم ٢٨ ص ٣٩ .

٤٦٧ – النتائج القانونية التي تترتب على الإعذار : يترتب على إعذار المدين نتيجتان رئيسيتان :

(النتيجة الأولى) يصبح المدين مسئولا عن التعويض لتأخره في تنفيذ الالتزام ، وذلك من وقت الإعذار . أما في الفترة التي سبقت الإعذار ، فلا يعوض المدين الدائن عن التأخر في التنفيذ ، فالمفروض كما قدمنا أن الدائن قد رضي بهذا التأخر ولم يصبه منه ضرر مادام أنه لم يعذر المدين [1] . والنص صريح في هذا المعنى ، فقد قضت المادة ٢١٨ مدني بأنه " لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين [2] . ويلاحظ أنه إذا كان محل الالتزام مبلغاً من

---

(١) نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٦ ص ٢٩٢ – استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ . ويعدل عدم الإعذار الرجوع في الإعذار ، فقد يعذر الدائن المدين مرة أولى ، ثم يرجع في إعذاره الأول بإعذار ثان يمنح فيه المدين مهلة للوفاء ، فالعبرة بالإعذار الثاني لا بالإعذار الأول . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد اعتد في تعيين تاريخ التقصير بإعذار صادر في تاريخ معين دون الإعذار الصادر بعده المشتمل على منح مهلة للوفاء ، وذلك من غير أن يوضح علة إطراحه الإعذار الأخير ،فإنه يكون قاصراً (نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٩ ص ٦١٤) .

كذلك لا يستحق تعويض ، إذا قام المدين بوفاء جزئي ثم توقف بعد ذلك عن الوفاء ، إلا من وقت إعذار المدين بعد توقفه . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا سلم البائع جزءاً من المبيع متأخراً عن الميعاد المتفق عليه، ثم توقف عن تسليم الباقي حتى أعذره المشتري ، ولم يثبت من وقائع الدعوى ما يدل على ظهور عجز البائع عن الوفاء من اليوم الذي حصل فيه تسليم هذا الجزء ، بل كانت تلك الوقائع دالة على أن ميعاد التوريد المتفق عليه في العقد قد عدل عنه برضاء الطرفين ، فإن التضمينات لا تكون مستحقة إلا من الوقت الذي امتنع فيه البائع عن الوفاء بعد تكليفه به رسمياً . وإذا تمسك البائع بسبب ارتفاع الأسعار باستحقاق التضمينات من تاريخ التسليم الجزئي باعتبار أنه هو التاريخ الذي ظهر فيه عجزه عن الوفاء بالباقي ، وقضت المحكمة بذلك ، كان حكمها مخطئاً في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٨ ص ٥٥٢) .

(٢) نقض مدني ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ١٠٣ – ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٤ ص ٤٥ – استئناف أهلي ٧ مارس سنة ١٨٩٢ الحقوق ٨ ص ٥٨ – ٢ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٤٥ – ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢٠٧ – استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٩٦ – ٢ يونية سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٩٨ – ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٧ – ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٩ – ١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٣٣ – ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٠ – ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ – ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٣٠ – ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٣ .

والإعذار – وهو إرادة منفردة كما قدمنا – ضروري ، لا فحسب للمطالبة بالتعويض عن التأخر في التنفيذ، بل أيضاً لاستحقاق الدائن لهذا التعويض (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٣٧ هامش رقم ٢ – بودري وبارد ١ فقرة ٤٦٨ مكررة) . ومن ثم يستحق الدائن التعويض عن التأخر في التنفيذ بسبب واقعة قانونية مركبة ، تتكون من عنصرين : عنصر التأخر في التنفيذ وهي واقعة مادية ، وعنصر الإعذار وهذا تصرف قانوني . وعنصر الواقعة المادية هو العنصر المتغلب .

النقود ، فالتعويض عن التأخر — أي الفوائد — لا يكون مستحقاً بمجرد إعذار المدين ، بل لا بد من رفع الدعوى ، ولا تسرى الفوائد إلا من وقت إعلان صحيفة الدعوى ، وسيأتي تفصيل ذلك .

(النتيجة الثانية) ينتقل تحمل التبعة (risque) من طرف إلى آخر . وقد قدمنا أن تبعة الهلاك في الالتزام بالتسليم تكون على المدين بهذا الالتزام إذا كان التزاماً تبعياً ، وتكون على المالك إذا كان التزاماً مستقلا . ورأينا أن الإعذار ينقل تبعة الهلاك من طرف إلى آخر في كلتا الحالتين على التفصيل الذي قدمناه .

ورأينا أيضا أن المدين المعذر إذا أثبت أن الشيء كان يهلك في يد الدائن لو أنه سلم إليه ، اندفعت عنه تبعة الهلاك بالرغم من إعذاره ، وانقضى التزامه .

ورأينا أخيراً أن يتحمل مع ذلك التبعة إذا كان الشيء مسروقاً متى كان هو السارق، ولو أثبت أن المسروق كان يهلك عند المالك لو أنه رد إليه .

ويلاحظ أن كل هذه الأحكام كان معمولا بها في عهد التقنين المدني السابق [1] .

الفرع الثاني

تقدير القاضي للتعويض

٤٦٨ — نوعا التعويض : والتعويض الواجب على المدين ، إذا لم يقم بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، نوعان : (١) تعويض عن عدم التنفيذ (dommages-intérêts compensatoires) (٢) تعويض عن التأخر في التنفيذ (dommages-intérêts moratoires) [2] .

والتعويض عن عدم التنفيذ يحل ، كما رأينا ، محل التنفيذ العيني ، ولا يجتمع معه [3] . أما التعويض عن التأخر في التنفيذ فإنه تارة يجتمع مع التنفيذ العيني إذ نفذ المدين التزامه

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٧ .

(٢) أنظر المادة ٢٥٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني

(٣) إلا إذا كان هناك تنفيذ جزئي ، فيجتمع التنفيذ العيني الجزئي مع تعويض عن عدم تنفيذ بقية الالتزام (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٣ ص ٢٠٦) . وإذا سلم المدين العين ، ولكن بعد أن أخل بالتزامه المحافظة عليها فأصابها تلف ، فإنه يدفع تعويضاً عن التلف إلى جانب تسليم العين . وليس في هذا جمع بين التنفيذ العيني والتعويض عن التنفيذ ، بل هو تنفيذ عيني لالتزام (وهو التزام التسليم) وتعويض عن عدم تنفيذ الالتزام الآخر (وهو الالتزام بالمحافظة) (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقـرة ٨٧٣ ص ٢٠٧) .

متأخراً فيجتمع عليه إلى جانب هذا التنفيذ العيني التعويض عن التأخر فيه ، وطوراً يجتمع مع التعويض عن عدم التنفيذ إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً فيجتمع عليه تعويضان : تعويض عن عدم التنفيذ وتعويض عن التأخر في التنفيذ [1] [1] .

والإجماع منعقد على أن الإعذار واجب في التعويض عن التأخر في التنفيذ ، وقد رأينا فيما قدمناه أن هذا التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين . أما التعويض عن عدم التنفيذ فقد اختلف الرأي فيه . هناك رأي يذهب إلى وجوب الإعذار أيضاً لإطلاق النص ، إذ " لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين " ، دون تمييز بين تعويض عن التأخر في التنفيذ وتعويض عن عدم التنفيذ [2] . وهناك رأي آخر يذهب إلى عدم وجوب الإعذار ، لأن التعويض عن عدم التنفيذ مستحق عن واقعة لا شأن للإعذار بها ، فلا جدوى في الإعذار [3] . ونحن نميل إلى التمييز ما بين فرضين في حالة ما إذا طالب الدائن المدين بالتعويض عن عدم التنفيذ : فإما أن يكون التنفيذ العيني لا يزال ممكناً ، وإما أن يكون هذا التنفيذ قد أصبح غير ممكن . ففي الفرض الأول يجب الإعذار لاستحقاق التعويض ، لأن التنفيذ العيني لا يزال ممكناً ، والإعذار دعوة للمدين أن يقوم بهذا التنفيذ وإلا دفع تعويضاً ، فيكون للإعذار معنى إذ يحتمل أن يقوم المدين بالتنفيذ العيني عقب إعذاره . وفي الفرض الثاني ، إذا أصبح التنفيذ العيني غير ممكن ، لم تعد هناك جدوى في الإعذار ، إذ نكون في إحدى الحالات الاستثنائية التي لا حاجة للإعذار فيها [4] . وهذا الرأي الذي نقول به يؤدى إلى أن الإعذار واجب لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ وجوبه لاستحقاق التعويض عن

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٤ — دي باج ٣ فقرة ١٢٨ — فقرة ١٣٤ .

(1) طلب التنفيذ العيني بطريق التعويض قسيمان يتقاسمان تنفيذ التزام المدين ويتكافآن قدرا بحيث يجوز الجمع بينهما إذا تم التنفيذ العيني متأخراً ، فإذا كانت الدعوى قد رفعت أمام محكمة أول درجة بطلب رد أسهم أو قيمتها وإن الطلب على هذه الصورة ينطوي على طلب التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض، ومن ثم فليس هناك ما يمنع المدعى حينما يتراخى التنفيذ العيني بحيث يصيبه بالضرر من أن يطلب تعويضاً عن هذا الضرر ، وعلى ذلك فلا يكون طلب هذا التعويض عن هبوط قيمة الأسهم طلباً جديداً في الاستئناف لاندراجه في عموم الطلبات التي كانت مطروحة أمام محكمة أول درجة .
(جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨ الطعن رقم ١٠٦ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ص ٤١٣) .

(٢) كولميه دي سانتير ٥ فقرة ٦٢ مكررة — ديموج ٦ فقرة ٢٤٢ — جوسران ٢ فقرة ٦٢١ — دي باج ٣ فقرة ٧٣ — فقرة ٧٤ .

(٣) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٧٦ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٥٤ — مارو ٣ فقرة ٢٢٧٦ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٧١ — أنظر أيضاً الموجز للمؤلف ص ٤٣٩ هامش رقم ٢ .

(٤) أنظر في هذا المعنى : بودري وبارد ١ فقرة ٤٧٢ ص ٥٠١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٢٨ ص ١٥٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥١٨ .

التأخر في التنفيذ، وذلك فيما حلا الحالات الاستثنائية التي يصبح فيها الإعذار غير ضروري، سواء للتعويض عن عدم التنفيذ أو للتعويض عن التأخر في التنفيذ .

وسواء كان التعويض عن عدم التنفيذ أو عن التأخر في التنفيذ ، فإن القواعد التي تتبع في تقديره واحدة لا تختلف .

٤٦٩ – عناصر التعويض

: والذي يقوم بتقدير التعويض عادة هو القاضي كما قدمنا . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ من التقنين المدني على أنه " إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون ، فالقاضي هو الذي يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول (١) " .

ونرى من هذا النص أن للتعويض عنصرين : ما أصاب الدائن من الخسارة (damnum emergens) ، وما ضاع عليه من الكسب (lucrum cessans) (٢) ، ومن هنا جاءت التسمية : (dommages - intérêts) . فالقاضي إذن في تقديره للتعويض – سواء التعويض عن عدم التنفيذ أو التعويض عن التأخر في التنفيذ – يدخل في حسابه هذين العنصرين . فيقدر أولا ما أصاب الدائن من ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو بسبب تأخره في هذا التنفيذ . ثم يقدر بعد ذلك ما فات الدائن من كسب . ومجموع هذين هو التعويض (٣) (1) .

فالمدين الذي لا يقوم بتنفيذ التزامه عن تسليم بضاعة تعهد بتسليمها للدائن يدفع تعويضاً عما أصاب الدائن من خسارة بسبب اضطراره لشراء هذه البضاعة بثمن أعلى (٤)

(١) أنظر تاريخ هذا النص في الوسيط جزء أول ص ٩١١ هامش رقم ١ .

(٢) وتنص المادة ٢٦٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه " يجب أن يكون بدل العطل والضرر معادلا تماماً للضرر الواقع أو الربح الفائت " .

(٣) نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٨ ص ٧٤٤ - استئناف مختلط ٩٨ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٧١ – ٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٣٨ – وقد لا يوجد إلا عنصر واحد فيقتصر التعويض عليه : استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٥٧ .

(1) المقرر – في قضاء محكمة النقض – أن طلب التنفيذ العيني وطلب التنفيذ بطريق التعويض قسيمان يتقاسمان قدرا ومتحدان موضوعاً يندرج كل فيهما فإذا كان الدائن قد طلب رد المال عيناً وثبت للقاضي أن ذلك غير ممكن أو فيه إرهاق للمدين ، فلا عليه إن حكم بتعويض يراعى في مقداره قيمة المال وقت الحكم وما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب دون أن يعد ذلك منه قضاء بما لم يطلبه الخصوم .

(جلسة ٢٠٠١/٦/٢٤ الطعن رقم ١٢٢٨ لسنة ٦٧ ق هيئة عامة)

، وعما ضاع عليه من ربح بسبب فوات صفقة رابحة ثبت أنه كان يعقدها لو قام المدين بتنفيذ التزامه وسلمه البضاعة في الميعاد المتفق عليه (1) . والممثل الذي لا يقوم بتنفيذ التزامه من إحياء ليلية تمثيلية يدفع تعويضاً للدائن عما أصابه من خسارة بسبب ما أنفقه في تنظيم هذه الليلة ، وعما ضاع عليه من ربح كان يجنيه لو أن الممثل قام بالتزامه . وهكذا (١) .

وغني عن البيان أنه لا يكون هناك محل للتعويض إذا لم يصب الدائن ضرر ولم يفته كسب من جراء عدم قيام المدين بالتزامه أو من جراء تأخره في ذلك (2) . وكثيراً ما يتحقق هذا الأمر في حالة مجرد تأخر المدين في تنفيذ التزامه . وقد يتحقق أيضاً في حالة عدم التنفيذ، كما إذا لم يقم محام بالتزامه نحو موكله من التقدم باسمه في قائمة توزيع أو من قيد رهن لمصلحته ، ويتبين أن تخلف المحامي عن القيام بالتزامه لم يلحق بالموكل ضرراً ولم يفوت عليه نفعاً ، إذ أنه لو كان تقدم باسمه في قائمة التوزيع لما أصاب الموكل شيء من المبلغ الموزع ، ولو أنه كان قيد الرهن لمصلحته لما كان هذا القيد منتجاً لأن العقار مثقل برهون سابقة تستغرقه .

والدائن هو الذي يقع عليه عبء الإثبات ، فيثبت مقدار ما أصابه من ضرر ومقدار ما فاته من كسب (٢) .

(1) مسئولية الناقل تتمثل في أن يسلم البضاعة إلى المرسل إليه في ميناء الوصول طبقاً للبيان الوارد بشأنها في سند الشحن ، وأن يلزم بتعويض المرسل إليه عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب طبقاً لما يتوقعه الشخص العادي .

(جلسة ١٩٧٠/٣/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٥٣٨) .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٥ ص ٤٤٠ – ص ٤٤١ .

(2) إذا كان الثابت في الحكم المطعون فيه أن الضرر الذي يشكو منه طالب التعويض ويدعى لحوقه به من جراء تنفيذ مشروع للري (مشروع الري الصيفي لأطيان مركز أدفو) كان مؤقتا ثم زال سببه ، وأن المدعى سيستفيد من المشروع المذكور في المستقبل فائدة عظمى تعوض عليه الضرر حتما في زمن وجيز، ثم تبقى له على مر الزمان ، وبناء ما استخلصته المحكمة من ذلك قضت بأنه ليس هناك محل لتعويض ، فإنها لا تكون قد أخطأت .

(جلسة ١٩٤٤/٥/٤ الطعن رقم ١٠١ لسنة ١٣ ق) .

(٢) استئناف مختلط ٩ يونية سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٣٨ – قارن استئناف مختلط ٣ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣١ . وأنظر في كل هذا الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٥ ص ٤٤١ .

وتقدير التعويض من سلطة قاضي الموضوع . وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير التعويض متى قامت أسبابه ولم يكن في القانون نص ملزم باتباع معايير معينة في خصوصه هو من سلطة قاضي الموضوع . فإذا كان الحكم ، في تقديره التعويض الذي قضى به لمؤجر على مستأجر استمر في وضع يده على الأرض المؤجرة دون رضاء المؤجر ، قد استهدى بفئات الإيجار السنوية المقررة بمرسوم بقانون معلوم لكافة الناس لنشره في الجريدة الرسمية ، وبالعلم العام بارتفاع أجور الأطيان للحالة الاقتصادية السائدة في السنوات =

٤٧٠ – الضرر المباشر والضرر المتوقع الحصول : وقد سبق أن بينا[1] أن الضرر غير المباشر (indirect) يعوض عنه أصلا ، لا في المسئولية العقدية ولا في المسئولية التقصيرية [2] . فلا يعوض إذن في المسئوليتين إلا عن الضرر المباشر (direct) . والضرر المباشرة هو – كما تقول المادة ٢٢١ سالفة الذكر – ما يكون " نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول " [3] .

ولكن في المسئولية التقصيرية يعوض عن كل ضرر مباشر ، متوقعاً (prévisible) كان أو غير متوقع (imprévisible) . أما في المسئولية العقدية فلا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ من التقنين المدني صراحة على هذا الحكم إذ تقول : " ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد " [4] . وقد سبق أن بينا تفصيلا ما هو الضرر المباشر ، وما هو الضرر المباشر المتوقع ، وما الذي يبرر قصر التعويض في المسئولية العقدية على الضرر المباشر المتوقع [I] ، وتحديد الضرر المتوقع من حيث توقع سبب الضرر ومقداره [1] .

= المعاصرة واللاحقة لعقد المستأجر ، وبقبول المستأجر لفئة الإيجار بواقع كذا جنيهاً للفدان إذا ما استمر وضع يده على العين برضاء المؤجر ، فلا يصح أن ينعى عليه أنه أخل بحق المستأجر في الدفاع إذ اعتبر ضمن ما اعتبر به في تقدير التعويض بفئات الإيجار السنوي الواردة بذلك المرسوم بقانون الذي لم يكن بين أوراق الدعوى ولم يتمسك به أحد من الخصوم (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٩ ص ٩٨) . ولكن يجب بيان عناصر الضرر في الحكم ، والحكم الذي يقضي بمبلغ معين على سبيل التعويض ، إذا لم يبين عناصر الضرر الذي قضي من أجله بهذا المبلغ ، فإنه يكون قاصراً قصوراً يستوجب نقضه (نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٩ ص ٦٩٣) .

وأنظر في مقياس التعويض عن الضرر المباشر وفي الظروف الملابسة التي من شأنها أن تؤثر في تقدير التعويض عن المسئولية التقصيرية والضرر المتغير والوقت الذي يقدر فيه : الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٤٧ – فقرة ٦٤٩ .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٤٥١ .

(٢) قارن المادة ٢٦١ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، وتنص على " إن الأضرار غير المباشرة ينظر إليها بعين الاعتبار كالأضرار المباشرة ، ولكن بشرط أن تثبت كل الثبوت صلتها بعدم تنفيذ الموجب " .

(٣) وقد سبق أن بسطنا ذلك تفصيلا في الوسيط جزء أول فقرة ٦١٠ .

(٤) أنظر تاريخ هذا النص في الوسيط جزء أول ص ٦٨٤ هامش رقم ١ – وتنص المادة ٢٦٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على " أن التعويض ، في حالة التعاقد ، لا يشمل سوى الأضرار التي كان يمكن توقعها عند إنشاء العقد ، ما لم يكن المديون قد ارتكب خداعاً " .

(I) طبقاً لنص المادة ٢٢١ من القانون المدني يقتصر التعويض في المسئولية العقدية على الضرر المباشر متوقع الحصول ، أما في المسئولية التقصيرية فيكون التعويض عن أي ضرر مباشر سواء كان متوقعاً أو غير متوقع . (جلسة ١٩٦٥/١١/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ١٠٠٩) .

٤٧١ – تقدير التعويض بمبلغ من النقود : والقاضي يقدر التعويض عادة بمبلغ من النقود ، سواء في ذلك المسئولية العقدية أو المسئولية التقصيرية أو أي التزام منشؤه مصدر آخر . ومع ذلك قد يكون التعويض غير نقدي في بعض الحالات . ففي دعاوى السب والقذف يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه في الصحف ، وهذا النشر يعتبر تعويضاً غير نقدي عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعى عليه . بل قد يكون التعويض تعويضاً عينياً ، فيجوز للقاضي أن يحكم بهدم حائط أقامها المالك تعسفاً لحجب النور والهواء عن جاره ، ويجوز له أيضاً في حالة ما إذا هدم صاحب السفل سفله دون حق وامتنع من أن يعيد بناءه أن يأمر ببيع السفل لمن يتعهد ببنائه (م ٨٦٠ فقرة ١ مدني) [1] .

٤٧٢ – شروط استحقاق التعويض – النصوص القانونية : وقد نصت المادة ٢١٥ من التقنين المدني على أنه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه [3] "

---

(١) أنظر في كل ذلك الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٥١ – فقرة ٤٥٣ . وأنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٤ .

(٢) أنظر في التعويض النقدي والتعويض غير النقدي في المسئولية التقصيرية ديموج ٦ فقرة ٢٩٦ – فقرة ٣٠٠ مكررة – الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٤٤ – فقرة ٦٤٥ . وأنظر في التعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ – إذا أتلف عامل النقل البضاعة أو تأخر في تسليمها ، أو أساء الصانع صنع أثاث عهد إليه في صنعه، ونحو ذلك – عن طريق ترك الشيء التالف لمدين المقصر (laissé pour compte) وتقاضي قيمة الصحيح كاملة منه : بودري وبارد ١ فقرة ٤٤٩ – ديموج ٦ فقرة ٢٩٢ – فقرة ٢٩٥ وفقرة ٢٩٨ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٢٢ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٧١ ص ٤١٢ – جوسران ٢ فقرة ٦٠٥ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٩٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٢٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢١٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٦ – ص ٥٤٨) . وأنظر المذكرة الإيضاحية لهذا النص في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٧ ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ١٧٧/١١٩ و ٢٤١/١٧٨ :

م ١١٧/١١٩ – التضمينات المترتبة على عدم الوفاء بكل المتعهد به أو بجزئه أو المترتبة على تأخير الوفاء لا تكون مستحقة زيادة على رد ما أخذه المتعهد إلا إذا كان عدم الوفاء أو التأخير مسبوبا لتقصير المتعهد المذكور . م ٢٤١/١٧٨ : إذا صار الوفاء غير ممكن بتقصير المدين أو حدث عدم الإمكان بعد تكليفه بالوفاء تكليفاً رسمياً ألزم بالتضمينات . (ولا تختلف أحكام التقنين المدني الجديد عن هذه الأحكام .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

وقد بينا في الجزء الأول من الوسيط [1] أن هذا نص جوهري في كل من المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية؛ وقد وضع من أجل ذلك في الباب المعقود لآثار الالتزام [2]. ويتضح منه أن شروط التعويض هي نفس أركان المسئولية، عقدية كانت أو تقصيرية. وهذه الأركان هي : (١) الخطأ (٢) والضرر وعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر .

٤٧٣ – الخطأ (إحالة) :

والخطأ إما أن يكون عقدياً أو تقصيرياً . وقد بينا في الجزء الأول من الوسيط [3] ما هو الخطأ العقدي في الالتزام بتحقيق غاية وفي الالتزام ببذل عناية ، وتكلمنا في المسئولية العقدية عن الغير وعن الأشياء . وبينا أيضاً [4] ما هو الخطأ التقصيري بركنيه المادي والمعنوي [1] . وتكلمنا في المسئولية التقصيرية عن عمل الغير والمسئولية التقصيرية الناشئة عن الأشياء . فلا نعود هنا إلى ذلك ، ونقتصر على هذه الإحالة [5] .

- التقنين المدني السوري م ٢١٦ : (مطابقة لنص المادة ٢١٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ١٦٨ : (مطابقة لنص المادة ٢١٥ من التقنين المدني المصري ، غير أنها مقصورة على المسئولية العقدية – وأنظر الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٦ – فقرة ٣٨) .

التقنين المدني الليبي م ٢١٨ : (مطابقة لنص المادة ٢١٥ من التقنين المدني المصري).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٤ : في حالة التعاقد يكون المديون مسئولا عن عدم تنفيذ الموجب إلا إذا أثبت أن التنفيذ أصبح مستحيلا في الأحوال المبينة في المادة ٣٤١ – م ٢٥٥ : في بعض العقود وعلى وجه الاستثناء لا يكون المديون مسئولا لمجرد عدم تنفيذه العقد ، بل يكون إلحاق التبعة به موقوفاً على ارتكابه خطأ يجب على الدائن إثباته ، ويعين القانون درجة أهميته – م ٢٥٦ : إن شروط تبعة العجز ، في حالة عدم التعاقد ، معينة في المادة ١٢٢ وما يليها . (وجملة هذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدني المصري) .

(١) فقرة ٤٢٤ ص ٦٥٤ .

(٢) وقد عالجنا شروط استحقاق التعويض عند الكلام في المسئولية العقدية وفي المسئولية التقصيرية ، فنكتفي بالإحالة إليها هنا حيث نقتصر على افتراض الالتزام بالتعويض قائماً بعد أن استوفى شروطه ، دون نظر إلى مصدره هل هو عقد أو غير عقد (أنظر في هذا المعنى دي باج ٣ فقرة ٩٨) .

(٣) فقرة ٤٢٧ – فقرة ٤٣٥ .

(٤) الوسيط جزء أول فقرة ٥٢٦ – فقرة ٥٤٣ وفقرة ٦٦٢ – فقرة ٧٣٦ .

(1) انفراد الدائن بالخطأ واستغراق خطئه خطأ المدين بحيث كان هو السبب المنتج للضرر . أثره سقوط حق الدائن في التعويض فلا يكون مستحقاً أصلا . اسهام الدائن بخطئه في وقوع الضرر وتقصيره عن الأمر في تحمل التزامه . أثره . عدم أحقيته في اقتضاء تعويض كامل .

(جلسة ٢٠٠١/٦/١٢ الطعون أرقام ١٨٥٩ ، ٢٤٤٤ ، ٢٤٤٧ لسنة ٧٠ ق) .

(٥) أنظر أيضا المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٢ .

٤٧٤ – الضرر (إحالة) :

كذلك بينا في الجزء الأول من الوسيط [1] ما هو الضرر في المسئولية العقدية ، وعلى من يقع عبء إثباته ، وكيف يتحقق كل من الضرر المادي والضرر الأدبي في هذه المسئولية ، وكيف يجب التعويض عن كل منهما . وبينا الضرر في المسئولية التقصيرية [2] [1] ، وكيف يتحقق بنوعيه من ضرر مادي وضرر أدبي ، وكيف تكفلت المادة ٢٢٢ من التقنين المدني [3] بالنص على وجوب تعويض الضرر الأدبي سواء كان ذلك في المسئولية التقصيرية أو في المسئولية العقدية [4] .

٤٧٥ – علاقة السببية (إحالة) :

وكذلك في علاقة السببية في كل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية تكلمنا في السبب الأجنبي وفي السبب المنتج وفي السبب المباشرة ، فنكتفي هنا بالإحالة [5] . وعند الكلام في السبب الأجنبي عرضنا لخطأ المشترك [6] ، وكيف يجوز فيه للقاضي أن ينقص من مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما [7] .

---

(١) فقرة ٤٤٢ – ٤٤٩ .

(٢) الوسيط الجزء الأول فقرة ٥٦٨ – فقرة ٥٨٠ .

(1) لا تشترط الأدلة الكتابية ليثبت الأفراد سبق اعتقالهم ، ولا تشترط الإصابة لإثبات وقوع التعذيب وليست الكتابة شرطاً لإثبات الإصابة .

(جلسة ٢٠٠٠/١١/١٥ الطعن رقم ٢٢٢٠ لسنة ٦٣ ق) .

(٣) أنظر النص وتاريخه في الوسيط الجزء الأول ص ٨٦٨ وهامش رقم ١ .

(٤) أنظر أيضا الموجز للمؤلف ص ٤٤٢ هامش رقم ١ – وقد نصت المادة ٢٦٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه " يعتد بالأضرار الأدبية كما يعتد بالأضرار المادية بشرط أن يكون تقدير قيمتها بالنقود ممكناً على وجه معقول " . ونصت المادة ٢٦٤ من نفس التقنين على أنه " يمكن الاعتداد بالأضرار المستقبلة على الشروط وعلى القياس المنصوص عليها للتعويض المختص بالإجرام في المادة ١٣٤ فقرتها السادسة " . وقضت المادة ٢٠٥ من التقنين المدني العراقي بأن حق التعويض يتناول الضرر الأدبي . وهذا النص قد ورد بين النصوص المتعلقة بالمسئولية التقصيرية ، ولا نص على الضرر الأدبي في المسئولية العقدية . ومن ثم ذهب الدكتور حسن الذنون (أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة٥٤) إلى أن حق التعويض يتناول الضرر الأدبي في المسئولية التقصيرية دون المسئولية العقدية ، ويلاحظ على هذا الرأي أن الفقه الحديث قد أصبح مجمعاً على جواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسئوليتين التقصيرية والعقدية ، وأن نص المادة ٢٠٥ مدني عراقي ، وإن كان قد ورد في المسئولية التقصيرية إذ هي الميدان الأكثر اتساعاً للضرر الأدبي ، ليس إلا تطبيقاً لقاعدة عامة هي جواز التعويض عن الضرر الأدبي بوجه عام .

(٥) الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٥٤ – فقرة ٤٥٥ وفقرة ٥٨١ – فقرة ٦١٠ .

(٦) أنظر نص المادة ٢١٦ مدني وتاريخ النص في الجزء الأول من الوسيط ص ٨٨٩ وهامش رقم ٢ .

(٧) الوسيط الجزء الأول فقرة ٥٩٦ .

٤٧٦ – التعديل الاتفاقي لقواعد المسئولية (إحالة) : وقد نصت المادة ٢١٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

" ١ – يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة ".

" ٢ – وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه " .

" ٣ – ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع [١] " .

وقد سبق أن بينا في المسئولية العقدية كيف يجوز الاتفاق على تعديل قواعدها ، فيجوز التشديد فيها كما يجوز التخفيف ، بل ويجوز الإعفاء منها في حدود بينها النص [٢] . وبينا كذلك في المسئولية التقصيرية كيف لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها أو التخفيف ، وكيف يجوز الاتفاق على التشديد ، فنكتفي هنا أيضاً بالإحالة [٣] .

---

(١) أنظر في تاريخ النص الوسيط الجزء الأول ص ٦٧٢ هامش رقم ١ .

(٢) أنظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٣٧ – فقرة ٤٤١ .

(٣) أنظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٥٢ – فقرة ٦٥٤ – وأنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٣ .

الفصل الثاني

التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي

(La clause pénale)

٤٧٧ – ما هو الشرط الجزائي : يحدث كثيراً أن الدائن والمدين لا يتركان تقدير التعويض إلى القاضي كما هو الأصل ، بل يعمدان إلى الاتفاق مقدماً على تقدير هذا التعويض . فيتفقان على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بالتزامه وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ ، أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه وهذا هو التعويض عن التأخير . هذا الاتفاق مقدماً على التعويض يسمى بالشرط الجزائي .

وسمي بالشرط الجزائي لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه . ولكن لا شيء يمنع من أن يكون في اتفاق لاحق لهذا العقد [١] (م ٢٢٣ مدني) ، بل لا شيء يمنع من أن يكون اتفاقاً على تقدير التعويض المستحق من مصدر غير العقد كالعمل غير المشروع [٢] وإن كان هذا يقع نادراً [٣] .

والأمثلة على الشرط الجزائي كثيرة متنوعة . فشروط المقاولة (cahier des charges) قد تتضمن شرطاً جزائياً يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو عن كل أسبوع أو عن كل مدة أخرى من الزمن يتأخر فيها المقاول عن تسليم العمل المعهود إليه إنجازه . ولائحة المصنع (réglement d'atelier) قد تتضمن شروطاً جزائية تقضي بخصم مبالغ معينة من أجرة العامل جزاء له على الإخلال بالتزاماته المختلفة . وتعريفة مصلحة

---

(١) ولكن قبل وقوع الضرر الذي يقدر الشرط الجزائي التعويض عنه ، وذلك حتى لا يلتبس بالصلح أو بالتجديد (دي باج ٣ فقرة ١٢٠) .

(٢) ومن الأمثلة على شرط جزائي يقدر التعويض عن عمل غير مشروع الشرط الجزائي الذي يتفق عليه في حالة الإخلال بوعد بالزواج ، إذ الإخلال هنا بالوعد تترتب عليه مسئولية تقصيرية لا عقدية (قارن أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢) . كذلك الشرط الجزائي الذي يتفق عليه في حالة إبطال بيع ملك الغير تقدير التعويض عن مسئولية تقصيرية . وإذا حدد المتعاقدان مبلغ التعويض في حالة فسخ العقد ، فمسئولية التي تتخلف عن فسخ العقد إنما هي مسئولية تقصيرية حدد المتعاقدان بشرط جزائي مبلغ التعويض عنها (قارب دي باج ٣ فقرة ١٢١ مكررة ثالثاً وفقرة ١٢٣) . وإذا كان الإخلال بالعقد جريمة جنائية – كجريمة التبديد – واتفق المتعاقدان على شرط جزائي ، فإن هذا يكون اتفاقاً مقدماً على التعويض عن جريمة أي عن عمل غير مشروع (دي باج ٣ فقرة ١١٧) .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ .

سكك الحديدية أو مصلحة البريد قد تتضمن تحديد مبلغ معين هو الذي تدفعه المصلحة للمتعاقد معها في حالة فقد " طرد " أو فقد رسالة . واشتراط حلول جميع أقساط الدين إذا تأخر المدين في دفع قسط منها هو أيضاً شرط جزائي ولكن من نوع مختلف ، إذ هو هنا ليس مقداراً معيناً من النقود قدر به التعويض ، بل هو تعجيل أقساط مؤجلة . ومثل ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر من أنه إذا اتفق المؤجر والمستأجر على أن يسلم المستأجر عند انتهاء إجارته الأطيان المؤجرة إليه خالية من الزراعة ، وشرط في العقد تعويض المؤجر عن الإخلال بهذا الاتفاق بأن الزراعة التي عسى أن تكون قائمة عند انتهاء الإيجار تكون ملكاً للمؤجر ، كان الاتفاق الأصلي صحيحاً وكان الشرط الجزائي صحيحاً معه [1] .

(1) ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٢١٤ — ويقول ديموج في هذا الصدد أن الشرط الجزائي يصح أن يكون مبلغاً من النقود ، كما يصح أن يكون شيئاً أو عملاً أو امتناعاً أو تقصير ميعاد في استعمال الحق أو تشديداً في شروط استعماله أو اشتراط ترخيص أو تغيير مكان تنفيذ الالتزام (ديموج ٦ فقرة ٤٥٣ ص ٤٨٨) — أنظر أيضاً : نقض مدني ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ ص ٣٠ — محكمة مصر الوطنية ٢٥ مايو سنة ١٩٠١ الحقوق ١٧ ص ٩ — ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٣٤٩ — طنطا الكلية الوطنية ١٧ يناير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٨٢ — مصر الوطنية الاستئنافية ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٢ ص ٢٤٥ — وأنظر الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٨ .

هذا والأصل في الشرط الجزائي هو أن يكون تقديراً مقدماً للتعويض كما أسلفنا القول . ولكن قد يستعمله المتعاقدان لأغراض أخرى . من ذلك أن يتفقا على مبلغ كبير يزيد كثيراً على الضرر الذي يتوقعانه ، فيكون الشرط الجزائي بمثابة تهديد مالي . وقد يتفقان على مبلغ صغير يقل كثيراً عن الضرر المتوقع ، فيكون الشرط الجزائي بمثابة إعفاء أو تخفيف من المسئولية . فإذا ستر الشرط الجزائي غرضاً غير مشروع ، كان إعفاء غير مشروع من المسئولية ، كان الشرط باطلاً (أنظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٧ — دي باج ٣ فقرة ١١٩ — وقارن أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٤٥) — وقد يكون الغرض من الشرط الجزائي تأكيد التزام المتعهد عن الغير ، بتحديد مبلغ التعويض الذي يكون مسئولاً عنه إذا لم يقم بحمل الغير على التعهد . وقد قضت محكمة النقض بأن الشرط الجزائي متى تعلق بالتزام معين وجب التقيد به وإعماله في حالة الإخلال بهذا الالتزام، أياً كان الوصف الصحيح للعقد الذي تضمنه ، بيعاً كان أو تعهداً من جانب الملتزم بالسعي لدى الغير لإقرار البيع ، وإذن فإذا كان الحكم ، مع إثباته إخلال ملتزم بما تعهد به بموجب العقد من السعي لدى من ادعى الوكالة عنهم لإتمام بيع منزل في حين أنه التزم بصفته ضامناً متضامناً معهم بتنفيذ جميع شروط العقد ، لم يعمل الشرط الجزائي المنصوص عليه في ذلك العقد قولاً بأن العقد في حقيقته لا يعدو أن يكون تعهداً شخصياً بعمل معين من جانب المتعهد ، فإنه يكون قد أخطأ (نقض مدني ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٢ ص ١٨٠) . وقد يوضع شرط جزائي في الاشتراط لمصلحة الغير لتقدير التعويض المستحق للمشترط في حالة إخلال المتعهد بالتزامه نحو المنتفع . فيمثل الشرط الجزائي في هذه الحالة المصلحة المادية للمشترط في اشتراطه لمصلحة الغير ، وكان وضع الشرط الجزائي (stipulatio poenae) على هذا النحو في القانون الروماني سبيلاً لتصحيح الاشتراط لمصلحة الغير ذاته (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٧ - دي باج ٣ فقرة ١١٩) .

وبعد أن عرفنا بالشرط الجزائي على هذا النحو ، نتكلم في : (١) شروط استحقاقه وتكييفه القانوني (٢) ما يترتب عليه من الأثر .

الفرع الأول

شروط استحقاق الشرط الجزائي وتكييفه القانوني

٤٧٨ — النصوص القانونية: تنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدني على ما يأتي:

" يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠ [1] " .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٥٢/٩٨، وهي بالرغم مما اشتملت عليه من عيوب ملحوظة في الصياغة لا تختلف في الحكم عن نص التقنين المدني الجديد [2] .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٢٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ١٧٠ فقرة أولى ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٢٦ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٦٦ فقرة أولى [3] .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٠١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٣٠ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٩ — ص ٥٧٠) .

(٢) وكانت المادة ١٥٢/٩٨ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " إذا كان التعهد بشيء معين مقرر حكمه في القانون أو متفق عليه بين المتعاقدين بأن يكون جزاء للمتعهد عند عدم وفائه بشيء متعهد به في الأصل ، كان الخيار للمتعهد إليه في طلب وفاء التعهد الأصلي أو التعهد الجزائي بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفاً رسمياً " . وهذا النص يوهم أن الشرط الجزائي التزام تخييري ، للدائن أن يطالب به أو أن يطالب بالالتزام الأصلي . وهذا خطأ تشريعي (قارن مصر الكلية ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٤ القضاء ٢ رقم ١٣) . أما التقنين المختلط (م ١٥٢) فقد أضاف العبارة الآتية : " إنما يجوز دائما للمتعهد مع هذا الخيار بقيامه بوفاء التعهد الأصلي بتمامه ، ما لم يكن التعهد الجزائي منصوصاً على وجوبه بمجرد التأخر " . وبهذه الإضافة يكون التقنين المختلط أكثر دقة من التقنين الوطني (أنظر والتون ٢ ص ٣٩٥ — ص ٣٩٦ — الموجز للمؤلف ص ٤٤٥ هامش رقم ١) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٢٤ : (مطابقة لنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ١٧٠ فقرة أولى : (مطابقة لنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٢٦ : (مطابقة لنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدني المصري) .

٤٧٩ – المميز للشرط الجزائي : ويتبين من النص السالف الذكر أن الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض ، فلا يتولد عنه التزام أصلي بالتعويض ، ولكن يتولد عنه التزام تبعي بتقدير التعويض بمبلغ معين ، وشروط استحقاق هذا الالتزام هي نفس شروط الالتزام الأصلي ، وتكييفه القانوني هو أنه التزام تابع لا التزام أصيل (١) (أ) .

المبحث الأول

شروط استحقاق الشرط الجزائي

٤٨٠ – سبب استحقاق التعويض : قدمنا أن الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض ، وإنما نشأ التعويض من مصدر آخر ، يغلب أن يكون عقداً كما مر القول . وعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الناشئ من هذا العقد هو السبب في

– تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٢٦ فقرة أولى : للمتعاقدين أن يعينوا مقدماً في العقد أو في صك لاحق ، قيمة بدل العطل والضرر في حالة تخلف المديون عن تنفيذ الموجب كله أو بعضه (والحكم واحد في التقنينين اللبناني والمصري) .

(١) ومن أجل ذلك لا يجتمع الشرط الجزائي عن عدم التنفيذ مع التنفيذ العيني ، ولكن يجتمع مع التنفيذ العيني الشرط الجزائي عن التأخر في التنفيذ (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٥) .

(أ) إنه ولئن كان المقرر أن الشرط الجزائي – باعتباره تعويضاً اتفاقيا – هو التزام تابع لا التزام أصلي في العقد والقضاء بفسخه يرتب سقوط الالتزامات الأصلية فيسقط الالتزام التابع بسقوطها ويزول أثره ولا يصح الاستناد إلى المسئولية العقدية لفسخ العقد وزواله ، ويكون الاستناد – إن كان لذلك محل – إلى أحكام المسئولية التقصيرية طبقاً لقواعد العامة ، بيد أن ذلك محله أن يكون الشرط الجزائي متعلقا بالالتزامات التي ينشئها العقد قبل عاقديه باعتباره جزاء الإخلال بها مع بقاء العقد قائما ، فإذا كان هذا الشرط مستقلا بذاته غير متعلق بأي من تلك الالتزامات فلا يكون ثمة تأثير على وجوده من زوال العقد مادام الأمر فيه يتضمن اتفاقاً مستقلا بين العاقدين ، ولو أثبت بذات العقد – لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن عقد البيع العرفي المؤرخ ١٩٥٥/٦/١٩ قد نص في بنده التاسع على أنه إذا تخلف المشترى – عن سداد أي قسط من الأقساط يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار فضلا عن ضياع ما يكون قد دفعه وصيرورته حقاً مكتسباً للشركة ، وما تضمنه هذا النص هو اتفاق الطرفين على الجزاء في حالة حصول الفسخ ، ومن ثم تتحقق لهذا الشرط ذاتيته واستقلاله عما تضمنه العقد الذي فسخ من التزامات ، ولا يعتبر معه هذا الاتفاق التزاماً تابعاً لالتزام أصلي في العقد يسقطه بسقوطه ، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر يكون معيباً لصحيح القانون ويستوجب نقضه .

(جلسة ١٩٨٧/٥/١٧ الطعن رقم ١٨٥٧ لسنة ٥١ ق) .

(جلسة ١٩٨٨/٤/٤ الطعن رقم ٥٣٣ لسنة ٥٣ ق) .

(جلسة ١٩٩١/٤/١ الطعن رقم ٢٣٢٨ لسنة ٥٧ ق) .

استحقاق التعويض عن عدم التنفيذ (١) ، وكذلك تأخر المدين في تنفيذ التزامه العقدي هو السبب في استحقاق التعويض عن التأخير (١) . والشرط الجزائي إنما هو تقدير المتعاقدين مقدماً لكل من التعويضين .

٤٨١ – شروط استحقاق الشرط الجزائي : فشروط استحقاق الشرط الجزائي هي نفس شروط استحقاق التعويض . وقد قدمنا أن شروط استحقاق التعويض هي وجود خطأ من المدين ، وضرر يصيب الدائن ، وعلاقة سببية ما بين الخطأ والضرر، وإعذار المدين . فهذه هي أيضاً شروط استحقاق الشرط الجزائي ، وقد أشارت إلى ذلك المادة ٢٢٤ حيث أحالت على المواد ٢١٥ – ٢٢٠ . وهذه المواد بعضها – م ٢١٥ – ٢١٧ – يتناول الشروط الثلاثة الأولى ويدخل في ذلك التعديل الاتفاقي لقواعد المسئولية ، وبعضها – م ٢١٨ – ٢٢٠ – يتناول شرط الإعذار (١) .

٤٨٢ – شرط الخطأ : فلا يستحق الشرط الجزائي إذن إلا إذا كان هناك خطأ من المدين (٣) . والغالب أن يكون هذا الخطأ خطأ عقدياً كما أسلفنا القول . فإذا لم يكن هناك خطأ من المدين (٤) . فلا مسئولية في جانبه، ولا يكون التعويض مستحقاً . ومن ثم لا

(I) الشرط الجزائي متى تعلق بالتزام معين وجب التقيد به وإعماله في حالة الإخلال بهذا الالتزام أي كان الوصف الصحيح للعقد الذي تضمنه بيعاً كان أو تعهداً من جانب الملتزم بالسعي لدى الغير لإقرار البيع، وإذن فإذا كان الحكم مع إثباته إخلال الملتزم بما تعهد به ضامناً متضامناً معهم بتنفيذ جميع شروط العقد لم يعمل الشرط الجزائي المنصوص عليه في ذلك العقد قولا بأن العقد في حقيقته لا يعد وأن يكون تعهداً شخصياً بعمل معين من جانب للتعهد فإنه يكون قد أخطأ .

(جلسة ١٩٥٠/١/١٢ الطعن رقم ٨٧ لسنة ١٨ ق) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : " ليس الشرط الجزائي في جوهره إلا مجرد تقدير اتفاقي للتعويض الواجب أداؤه . فلا يعتبر بذاته مصدراً لوجوب هذا التعويض ، بل لوجوب مصدر آخر قد يكون التعاقد في بعض الصور ، وقد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى . فلا بد لاستحقاق الجزاء المشروط إذن من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض، وهي الخطأ والضرر والإعذار " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣) .

(٢) وكان هذا هو الحكم أيضاً في عهد التقنين المدني السابق : استئناف مصر (الدوائر المجتمعة) ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٥٣ – المحاماة ٧ ص ٣٣١ – استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٧ ص ١٦٥ – استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤ – ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩١ – ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨ .

(٣) استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤ .

(٤) ووقوع خطأ من المدين يترك إلى تقدير محكمة الموضوع بعد استيفاء الشروط القانونية للخطأ وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا نص في العقد على شرط جزاء عند عدم قيام المتعهد بما التزم به ، فمحكمة –

محل لإعمال الشرط الجزائي [1] ، فما هو إلا تقدير لتعويض قد استحق ، ولم يستحق التعويض كما قدمنا .

٤٨٣ – شرط الضرر : ولا يستحق الشرط الجزائي كذلك إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن . ذلك أن الضرر من أركان استحقاق التعويض ، فإذا لم يوجد ضرر لم يكن التعويض مستحقاً ، ولا محل لإعمال الشرط الجزائي في هذه الحالة [1] [2] .

ومع وضوح هذا الحكم فإنه غير مسلم به في القانون الفرنسي ، وكان محلا للتردد في عهد التقنين المدني السابق .

أما في القانون الفرنسي ، فقد المادة ١١٥٢ من التقنين المدني الفرنسي على أنه " إذا ذكر في الاتفاق أن الطرف الذي يقصر في تنفيذه يدفع مبلغاً معيناً من النقود على سبيل التعويض ، فلا يجوز أن يعطى لتعويض الطرف الآخر مبلغ أكثر أو أقل [٢] " . فذهب القضاء الفرنسي إلى أن الشرط الجزائي يستحق حتى لو لم يثبت الدائن أن هناك ضرراً أصابه، فإن اتفاق الطرفين على شرط جزائي ، وتقديرهما مقدماً للتعويض المستحق ، معناه أنهما مسلمان بأن إخلال المدين بالتزامه يحدث ضرراً اتفقا على المقدار اللازم لتعويضه [٣] .

– الموضوع السلطة المطلقة في اعتباره مقصراً أو غير مقصر حسبما يتراءى لها من الأدلة المقدمة، ولا سلطة لمحكمة النقض عليها في هذا التقدير (نقض مدني ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٨ ص ٣٠) . والدائن بالشرط الجزائي هو الذي يقع عليه عبء إثبات خطأ المدين (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨) .

(1) لما كان قد نفذ بعض الأعمال التي التزم بها وتخلف عن تنفيذ بعضها الآخر ، فيعتبر تقصيره في هذه الحالة تقصيراً جزئياً يجيز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عليه إلى الحد الذي يتناسب مع مقدار الضرر الحقيقي الذي لحق بالدائن .

(جلسة ١٩٥٥/٢/١٧ الطعن رقم ١٩٥ لسنة ٢١ ق) .

(جلسة ١٩٥٥/٢/١٧ الطعن رقم ٣٢٣ لسنة ٢١ ق) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .

(2) لا يكفى لاستحقاق التعويض الاتفاقي مجرد توافر ركن الخطأ في جانب المدين بالالتزام ، وإنما يشترط أيضا توافر ركن الضرر في جانب الدائن فإذا أثبت المدين انتفاء الضرر سقط الجزاء المشروط .

(جلسة ١٩٦٧/١١/١٤ الطعن رقم ١٠٢ لسنة ٣٤ ق س ١٨ ص ١٦٦٨)

(جلسة ١٩٥٥/٤/١٤ الطعن رقم ٣٦١ لسنة ٢١ ق) .

(٢) وهذا هو الأصل في نصه الفرنسي :

Art. 1152 : Lorsque la conevention porte que celui qui manquera de [illegible]uter paiera une certaine somme à titre de dommage – intérêts, il ne [illegible]être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

(٣) ويكون الغرض من الشرط الجزائي منع أي جدل يدور حول وقوع الضرر ومقدار تعويضه (بلانيول [illegible] وردوان ٧ فقرة ٨٦٨) .

أما في مصر في عهد التقنين المدني السابق ، فقد كانت المادة ١٨١/١٢٣ من هذا التقنين تجرى على الوجه الآتي : " إذا كان مقدار التضمين في حالة عدم الوفاء مصرحاً به في العقد أو في القانون ، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر " . ومع أنه كان واضحاً أن هذا النص مأخوذ من المادة ١١٥٢ من التقنين المدني الفرنسي سالفة الذكر ، فإن القضاء المصري ظل متردداً ، تقضي بعض أحكامه بعدم اشتراط إثبات الدائن لوقوع ضرر أصابه على غرار القضاء الفرنسي ، وتقضي أحكام أخرى بوجوب إثبات وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي تطبيقاً للقواعد العامة في المسئولية . ثم انحسم الخلاف ، واستقر القضاء المصري على الرأي الثاني وهو المتفق مع القواعد العامة، وقضت الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف في كل من القضاءين الوطني والمختلط بأنه يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي أن يكون هناك ضرر أصاب المدين [1] .

(١) كان القضاء الوطني متردداً في أول الأمر . فبعض الأحكام كانت تقضي بوجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي : استئناف أهلي ٢٩ نوفمبر سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٦ ص ٨٥ – ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ الحقوق ٣١ ص ٤٦ – ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٢٩ ص ٤٤ – ٣٠ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٢٠٩ – ١٤ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ ص ٣٣ – ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ ص ١٣ . وكانت أحكام أخرى لا تشترط إثبات وقوع الضرر : استئناف أهلي ١٣ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ٢٥٨ – ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٥ ص ٦١ – ٢٠ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٦٩ ص ١٢٨ – ٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٩ ص ٢٣٨ – ٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ١١٧ . ثم حسمت محكمة الاستئناف الوطنية في دوائرها المجتمعة هذا الخلاف ، وقضت بوجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي (٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٥٣ – المحاماة ٧ ص ٣٣١) . غير أن محكمة استئناف مصر قضت في حكم لها ، بعد صدور حكم الدوائر المجتمعة ، بأن وقوع الضرر لا يشترط : ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١/٤٢٥ ص ٨٦٠. وكان القضاء المختلط متردداً كذلك . فمن الأحكام ما قضت بوجوب وقوع الضرر : استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٤٥ – ٩ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١١٢ – ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩ – ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ – ٦ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٨ – ١٣ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٧١ – ومن الأحكام ما قضت بعكس ذلك ولم تشترط وقوع الضرر : استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٣٩ – ١٠ فبراير ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٧٠ – ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠١ . ثم حسمت محكمة الاستئناف المختلطة في دوائرها المجتمعة هذا الخلاف ، وقضت بوجوب وقوع الضرر كما فعلت بعد ذلك محكمة الاستئناف الوطنية (استئناف مختلط دوائر مجتمعة ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥ – أنظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٦٢ – ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢١ – ١٩ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٧) . وبقي الخلاف هل مع وجود الشرط الجزائي يقع عبء إثبات الضرر على الدائن (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٤ – ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨ – ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢١) أو ينتقل عبء الإثبات على المدين فيكلف بنفي وقوع الضرر (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٢٤=

وجاء التقنين المدني الجديد فنص صراحة على وجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، فتمشى بذلك مع القواعد العامة ، وقنن القضاء المصري الوطني والمختلط على الوجه الذي قدمناه . وهذا هو ما جرت به الفقرة الأولى من المادة ٢٢٤ من هذا التقنين : " لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر " . ويلاحظ من هذا النص أن الشرط الجزائي ، بالنسبة إلى وقوع الضرر ، لا يخلو من فائدة . فوجود هذا الشرط يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين ، ولذلك يفترض وقوع الضرر ، ولا يكلف الدائن إثباته . وعلى المدين إذا ادعى أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ، أن يثبت ذلك . فعبء إثبات الضرر إذن – خلافاً للقواعد العامة – ينتقل من الدائن إلى المدين بفضل وجود الشرط الجزائي [1] [1] .

٤٨٤ – شرط علاقة السببية : ولا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا قامت علاقة سببية بين الخطأ والضرر . أما إذا انتفت هذه العلاقة بثبوت السبب الأجنبي ...[1]

= م ٣٦ ص ٣٦٧ – ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩١ – ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨١ – ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٧ : يعتبر سكوت الدائن مدة طويلة قرينة على انتفاء الضرر) . وبنص التقنين الجديد – كما سنرى – أن عبء الإثبات ينتقل إلى المدين ، وهو الذي عليه أن يثبت أن الدائن لم يلحقه ضرراً (أنظر في القضاء المصري في عهد التقنين المدني السابق ، الموجز للمؤلـف ص ٤٤٤ هامش رقم ١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الطاعن اتفق مع المطعون عليه على أن يحصل من ابنه على إجازة العقد الخاص بإشراكه في إدارة عمل رسا على ابن الطاعن ، كما اتفقا على أنه إذا أخل الطاعن بهذا الالتزام فيدفع للمطعون عليه مبلغاً معيناً بصفة تعويض ، وكان مقتضى هذا الشرط الجزائي أن يكون على الطاعن الذي أخل بالتزامه – فحق عليه التعويض – عبء إثبات أن ابنه قد خسر في الصفقة وأنه بذلك لا يكون قد أصاب المطعون عليه ضرر نتيجة عدم إشراكه في العمل المذكور ، وكان يبين من الأوراق أن الطاعن قصر دفاعه على مجرد القول بأنه ابنه خسر في الصفقة دون تقديم ما يؤيد ذلك ، فيكون فيما جاء بالحكم بناء على الأسباب التي أوردها ، من عدم التعويل على دفاع الطاعن بأنه لم يلحق المطعون عليه ضرر ، الرد الكافي على ما ينعى به الطاعن من أن الحكم لم يتحدث عن الضرر (نقض مدني ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠ ص ٥٤) .

(1) مقتضى تقدير التعويض الاتفاقي في العقد ، أن إخلال الطاعنة (المدينة) بالتزامها يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين ، فلا تكلف المطعون عليها وهي الدائنة بإثباته ويتعين على المدينة إذا ادعت أن الدائنة لم يلحقها أي ضرر أو أن التقدير مبالغ فيه أن تثبت ادعاءها إعمالا لأحكام الشرط الجزائي .

(جلسة ١٩٦٧/١١/١٤ الطعن رقم ١٢٩ لسنة ٣٤ ق س ١٨ ص ١٦٧٦) .

(جلسة ١٩٧٣/٤/٢١ الطعن رقم ١١٠ لسنة ٣٧ ق س ٢٤ ص ٦٤٩) .

(جلسة ١٩٨٠/٢/١٣ الطعن رقم ٤١٥ لسنة ٤٦ ق س ٣١ ص ٥٠٨) .

(جلسة ١٩٨٣/١/١١ الطعن رقم ٧٤٣ لسنة ٤٩ ق س ٣٤ ص ١٦٦) .

انتفت بأن كان الضرر غير مباشر أو كان في المسئولية العقدية مباشراً ولكنه غير متوقع ، فعند ذلك لا تتحقق المسئولية ، ولا يستحق التعويض ، فلا محل إذن لإعمال الشـرط الجزائي [1] .

٤٨٥ – شرط الإعذار : والإعذار شرط لاستحقاق الشرط الجزائي ، في جميع الأحوال التي يجب فيها إعذار المدين . أما في الأحوال التي لا ضرورة فيها للإعذار، فإنه لا يشترط . وقد تقدم ذكر كل ذلك تفصيلا . ومادام التعويض لا يستحق إلا بالإعذار في الأحوال التي يجب فيها ، فإنه إذا لم يقم الدائن بإعذار المدين في هذه الأحوال لم يكن التعويض مستحقاً [1] ، ولا يكون ثمة هناك محل لإعمال الشرط الجزائي [2] . وقد أشارت المادة ٢٢٣ مدني في استحقاق الشرط الجزائي إلى وجوب تطبيق النصوص المتعلقة بالإعذار (م ٢١٨ – ٢٢٠ مدني) [3] . وقدمنا أن مجرد وجود شرط جزائي لا يعفي من الإعذار ، ولا يعتبر وجود هذا الشرط اتفاقاً صريحاً أو ضمنياً على إعفاء الدائن من إعذار المدين [4] .

---

(١) ومع ذلك يجوز الاتفاق على مخالفة هذا الحكم ، ويكون هذا بمثابة اتفاق على التشديد من المسئولية وتحميل المدين تبعة الحادث الفجائي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدي في هذا الصدد : " فيشترط أولا توافر الخطأ . ويتفرع على ذلك أن الجزاء المشروط لا يجوز استيفاؤه متى أصبح الوفاء بالالتزام مستحيلا من جراء سبب أجنبي لا يد للمدين فيه (م ١٦٣ فقرة ٢ من تقنين الالتزامات السويسري و م ٦٧٧ من التقنين البرتغالي) . بيد أن الاتفاق على مخالفة هذا الحكم يقع صحيحاً بوصفه اشتراطاً من اشتراطات التشديد في المسئولية ، يقصد منه إلى تحميل المدين تبعة الحادث الفجائي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ – ص ٥٧٤) .

(1) إذا كان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بعدم استحقاق التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) لتخلف شرط الإعذار فلا يجوز له التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بهذا السبب الذي لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع .

(جلسة ١٩٦٨/١٢/٥ الطعن رقم ٥٦٣ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ١٤٩٠) .

(جلسة ١٩٨٤/٣/١٢ الطعن رقم ١١٦٤ لسنة ٤٨ ق س ٣٥ ص ٦٤٥) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ ص ٥٧٥ . وكان هذا هو أيضاً الحكم في عهد التقنين المدني السابق (م ٩٨ مدني أهلي) : استئناف أهلي ٢ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٤٥ – ٢١ يونية سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ٤٩ – استئناف مصر ٢٤ يناير سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٤٤ ص ٦٧ – مصر الكلية الوطنية ١٩ أغسطس سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٥٣٥ – استئناف مختلط ١١ يونية سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٠٧ – ١٧ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٤ – ٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٩٦ – ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٣٩ – ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٩ .

(٣) أنظر أيضاً المادة ١٢٣٠ من التقنين المدني الفرنسي .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٦٦ .

-ولكن إذا كان الشرط الجزائي باطلا ، فلا يستتبع ذلك أن يكون الالتزام الأصلي باطلا ، لأن الشرط الجزائي التزام تابع ، فلا يتعلق به مصير الالتزام الأصلي . مثل ذلك أن يشترط الدائن المرتهن ، كشرط جزائي إذا لم يستوف الدين عند حلوله ، أن يبيع العين المرهونة دون اتباع الإجراءات الواجبة قانوناً أو أن يتملك العين ، ففي هذه الحالة يكون الشرط الجزائي باطلا دون أن يبطل الالتزام الأصلي [1] .

ويترتب على تبعية الشرط الجزائي أيضاً أن الدائن إذا اختار ، عند إخلال المدين بالتزامه الأصلي ، فسخ العقد بدلا من المطالبة بتنفيذ الشرط الجزائي ، سقط الالتزام الأصلي

= فيكون الشرط الجزائي تابعاً للالتزام الناشئ من العقد الصحيح ، فإذا فسخ العقد سقط بفسخه الشرط الجزائي ، وسيأتي بيان ذلك .

(١) وقد نصت المادة ١٢٢٧ من التقنين المدني الفرنسي على أن " بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي ، أما بطلان الشرط الجزائي فلا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي " . وأنظر هيك ٧ فقرة ٣٦٨ - لوران ١٧ فقرة ٤٢٨ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٥٧ - دموج ٦ فقرة ٤٦١ - فقرة ٤٦٢ .

وجاء في الموجز للمؤلف في هذا الصدد : " إذا كان الالتزام الأصلي باطلا ، كان الشرط الجزائي وهو التزام تبعي باطلا مثله . مثل ذلك أن يتعهد شخص بألا يطلق زوجته حتى لو خانت الأمانة الزوجية ، وإلا دفع لها مبلغاً معيناً على سبيل التعويض . هذا الشرط الجزائي باطل ، لأنه تابع لتعهد باطل لمخالفته للنظام العام وللآداب (أنظر استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤) . ولكن للزوجة شرعاً أن تشترط على زوجها تطليق ضرتها ، كما لها أن تشترط عليه ألا يتزوج عليها ، وإلا طلقت منه واستحقت تعويضاً ، وليس للمحكمة أن تمتنع عن التصديق على التعويض المقدر إلا إذا ثبت أنه جائر وغير مقبول وغير متناسب بالمرة مع الضرر الذي سببه الطلاق (شبين الكوم ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٥٤٠) . ولكن إذا كان الشرط الجزائي باطلا ، فلا يستتبع ذلك أن يكون الالتزام الأصلي باطلا ، لأن الشرط الجزائي التزام تابع ، فلا يتعلق به مصير الالتزام الأصلي . مثل ذلك أن يتعهد ممثل بألا يظهر على مسرح معين ، وإلا التزم بأن يعيش في مكان مقفل طول حياته . الشرط الجزائي في هذا الفرض باطل لمخالفته للنظام العام إذ هو قيد خطير على الحرية الشخصية ، ولكن الالتزام الأصلي صحيح ، فيبقى الممثل ملتزماً بألا يظهر على هذا المسرح المعين ، فإن فعل كان مسئولا عن التعويض ، وتولى القاضي تقديره . ويمكن في هذه المناسبة أن نميز بين الشرط الجزائي والالتزام الشرطي . فلو حورنا المثل المتقدم وجعلناه التزاماً شرطياً ، بأن يتعهد الممثل في الأصل أن يعيش في مكان مقفل طول حياته إذا ظهر على مسرح معين ، فإن الالتزام الأصلي هنا يكون إقامة الممثل في مكان مقفل طول حياته ، وهذا الالتزام معلق على شرط ظهوره على مسرح معين . ولما كان الالتزام الأصلي باطلا ، فالشرط باطل كذلك ، ويكون الممثل غير ملزم ، في هذا الفرض [illegible] فرض الالتزام الشرطي ، بالامتناع عن الظهور على مسرح معين . وهو ملزم بهذا الامتناع في الفرض الآخر وهو فرض الشرط الجزائي . على أننا نرى أن تكييف الالتزام بأنه التزام شرطي أو بأنه شرط جزائي [illegible] فيه إلى نية المتعاقدين ، ولا شيء يمنع القاضي ، حتى بعد التحوير المتقدم ، من تكييف الالتزام بأنه [illegible] جزائي (الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٩ ص ٤٤٥ - ص ٤٤٦) قارب أيضاً دي باج ٣ فقرة [illegible] وقارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٦٢ .

بمجرد فسخ العقد ، وسقط معه الشرط الجزائي لأنه تابع له ، ويطالب الدائن في هذه الحالة بالتعويضات التي يقدرها القاضي وفقاً للقواعد العامة التي تقدم ذكرها ، ولا يطالب بالتعويض المقدر في الشرط الجزائي [1] [1] .

٤٨٩ - تمييز الشرط الجزائي عما يشتبه به من أوضاع :

ويتبين من تكييف الشرط الجزائي على النحو الذي قدمناه أن هذا الشرط قد يشتبه بأوضاع قانونية أخرى ، وبخاصة يشتبه بالعربون وبالتهديد المالي ، فيجب تمييزه عما يشتبه به .

٤٩٠ - تمييز الشرط الجزائي عن العربون :

إذا كانت دلالة العربون هي جواز العدول عن العقد ، فإنه يجوز لكل من المتعاقدين أن يرجع في العقد بعد إبرامه لقاء دفع مبلغ العربون ، فيشتبه العربون بالشرط الجزائي ، وقد يحمل على أنه شرط جزائي لتقدير التعويض في حالة العدول عن العقد [2] .

ولكن الفرق كبير بين العربون والشرط الجزائي ، ويظهر هذا الفرق من الوجوه الآتية :

(١) العربون هو المقابل لحق العدول عن العقد ، فمن أراد من المتعاقدين أن يعدل عن العقد كان له ذلك في مقابل دفع العربون ، أما الشرط الجزائي فتقدير لتعويض عن ضرر قد وقع . ويترتب على ذلك أن الالتزام بدفع العربون قائم حتى لو لم يترتب على العدول عن العقد أي ضرر ، أما الشرط الجزائي فلا يستحق إلا إذا وقع ضرر للدائن كما قدمنا [3] .

(١) كذلك جميع الأوصاف التي تلحق الالتزام الأصلي ، من شرط وأجل وتضامن ونحو ذلك ، تلحق بالتبعية للشرط الجزائي ، فيصير هذا الشرط موصوفاً وصف الالتزام الأصلي _ لوران ١٧ فقرة ٤٤٦ - هيك ٧ فقرة ٣٧٢ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٤٨ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ ص ٢٠٦ - دي باج ٣ فقرة ١٢١ مكررة ثالثاً - قارن دموج ٦ فقرة ٤٧١) .

(1) الشرط الجزائي الذي يتضمن تقديرا اتفاقيا للتعويض ، التزام تابع للالتزام الأصلي إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال به ، فإذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائي ، ولا يعتد بالتعويض المقرر بمقتضاه ، فإذا استحق تعويض للدائن تولى القاضي تقديره وفقا للقواعد العامة التي تحمل الدائن عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره .

(جلسة ١٩٨٨/٤/٤ الطعن رقم ٥٣٣ لسنة ٥٣ ق) .

(جلسة ١٩٩١/٤/١ الطعن رقم ٢٣٢٨ لسنة ٥٧ ق) .

(٢) أنظر دموج ٦ فقرة ٤٥٠ - وقد قضت محكمة النقض بأن اشتراط جزاء عند عدم قيام المتعهد بما التزم به جائز في كل مشارطه ، سواء أكانت بيعاً أم معاوضة أم إجارة أم أي عقد آخر ، والعربون بهذا المعنى ليس خاصاً بعقود البيع وحدها (نقض مدني ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ ص ٣٠) .

(٣) استئناف مختلط ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢٢ - أول فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٤٢ .

(٢) العربون لا يجوز تخفيضه ، سواء كان الضرر الذي أصاب المتعاقد الآخر من جراء العدول عن العقد مناسباً للعربون أو غير مناسب ، بل إنه يجب دفع مبلغ العربون كما هو حتى لو لم يلحق هذا الطرف الآخر أي ضرر من العدول عن العقد كما قدمنا . أما الشرط الجزائي فيجوز تخفيضه حتى يتناسب مع الضرر ، وسيأتي القول في ذلك .

(٣) يمكن تكييف العربون بأنه البدل في التزام بدلي . ففي البيع مع العربون مثلاً، يلتزم المشترى التزاماً أصلياً بدفع الثمن في مقابل أخذ المبيع ، وله إذا شاء أن يعدل عن هذا المحل الأصلي — دفع الثمن في مقابل أخذ المبيع — إلى محل بدلي هو دفع مبلغ العربون في غير مقابل . أما الشرط الجزائي فتكييفه القانوني في تكييف التعويض كما قدمنا : لا هو بالتزام تخييري ولا هو بالتزام بدلي . ومن ثم لا يكون المدين حراً — بخلاف المشترى في المثل المتقدم — في العدول عن تنفيذ التزامه الأصلي إذا كان هذا التنفيذ ممكناً إلى تنفيذ الشرط الجزائي ، بل يتعين عليه أن يقوم بتنفيذ التزامه الأصلي إذا طلب إليه الدائن ذلك [١] .

وينبغي — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي — " الرجوع إلى نية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كانا قد أرادا بالعربون تحديد قيمة جزافية لا يجوز الانتقاص منها، أو تقدير تعويض اتفاقي يجوز إنقاصه ، لا سيما إذا كان الجزاء المشروط فادحاً [٢] " .

٤٩١ — تمييز الشرط الجزائي عن التهديد المالي : ونستطيع مما قدمناه عن كل من التهديد المالي والشرط الجزائي أن نميز بينهما من الوجوه الآتية :

(١) فالتهديد المالي يحكم به القاضي ، أما الشرط الجزائي فيتفق عليه الدائن والمدين.

(٢) والتهديد المالي تحكمي لا يقاس بمقياس الضرر ، وإنما يقصد به التغلب على عناد المدين ، فينظر إلى موارده المالية وقدرته على مقاومة الضغط . أما الشرط الجزائي فالأصل فيه أن يقاس بمقياس الضرر .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ — وأنظر في الفروق ما بين العربون والشرط الجزائي الوسيط الجزء الأول فقرة ١٤٢ ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤ و ص ٢٦٤ هامش رقم ١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٥ — وقد قضت محكمة النقض بأن استظهار نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه . فله أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن المتعاقدين قصدا به أن يكون البيع بيعاً تاماً منجز بشرط جزائي ، ولم يقصد أن يكون بيعاً بعربون أو بيعاً معلقاً على شرط فاسخ (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣) .

(٣) والتهديد المالي حكم وقتي تهديدي ، فهو لا يقبل التنفيذ إلا إذا حول من غرا[مة] تهديدية إلى تعويض نهائي كما سبق القول . أما الشرط الجزائي فليس بوقتي ولا تهديدي وإنما هو اتفاق نهائي قابل للتنفيذ على حاله . وإذا جاز تخفيض الشرط الجزائي للمبالغة [في] التقدير كما سنرى ، فالأصل فيه عدم التخفيض . أما التهديد المالي فالأصل فيه التخفيض لأنه يكون عادة أزيد بكثير من الضرر الحقيقي ، فيعلب تخفيضه عند تحويله إلى تعويض نهائي .

(٤) وليس التهديد المالي إلا وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني ، أما الشرط الجزائي فعلى العكس من ذلك يتصل بالتعويض لا بالتنفيذ العيني .

(٥) والتهديد المالي يقدر عن كل وحدة من الزمن أو عن كل مرة يخل فيها المدين بالتزامه . أما الشرط الجزائي فلا يقدر على هذا النحو إلا إذا كان تعويضاً عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه ، فإذا كان تعويضاً عن عدم التنفيذ فإنه يقدر عادة مبلغاً مقطوعاً (forfaitaire) .

على أن الشبهة تزيد إذا كان الشرط الجزائي يقدر التعويض عن التأخر في التنفيذ (1) فقد يدق التمييز بينه وبين التهديد المالي إذا ما حكم القاضي على مقاول تأخر في تسليم العمل بغرامة تهديدية عن كل يوم يتأخر فيه ، أو اتفق المتعاقدان مقدماً على أن يدفع المقاول مبلغاً كبيراً — يقرب من الغرامة التهديدية — عن كل يوم يتأخر فيه. المقاول عن تسليم العمل . ففي الحالتين يبدو أن المبلغ المقدر إنما وضع للتهديد أكثر مما وضع للتعويض عن ضرر . وفي الحالتين يخفض القاضي هذا المبلغ المقدر : في الغرامة التهديدية عندما يحولها إلى تعويض نهائي ، وفي الشرط الجزائي عندما يرى أن تقدير الطرفين كان مبالغ فيه إلى درجة كبيرة كما سنرى . ولكن الذي يميز بين الوضعين في مثل هذه الأحوال أن الغرامة التهديدية حكم يصدر من القاضي ، أما الشرط الجزائي فاتفاق يتم مقدماً بين الطرفين [١] .

(1) متى كانت المحكمة اعتبرت في حدود سلطتها الموضوعية وبالأدلة السائغة التي أوردتها أن الشرط الوارد في العقد هو شرط تهديدي ، فإن مقتضى ذلك أن يكون لها أن لا تعمل هذا الشرط وأن تقدر قيمة التعويض طبقاً للقواعد العامة .
(جلسة ١٩٥٥/٢/١٧ الطعنان رقما ١٩٥ ، ٣٢٣ لسنة ٢١ ق) .

(١) وهناك أوضاع أخرى تلتبس بالشرط الجزائي :
من ذلك الشرط الذي يضع حداً أقصى لمقدار المسئولية (clause de maximum) ، فقد يتفق الطرفان على حد أقصى لمقدار مسئولية المدين لا تصح مجاوزته ، فتشترط مصلحة السكك الحديدية أو مصلحة البريد مثلاً ألا تجاوز مسئوليتها مبلغاً معيناً في ضياع " طرد " أو رسالة ، فإذا زاد الضرر على هذا المبلغ المعين لم تدفع المصلحة إلا هذا المبلغ ، وإن قل عنه نزل التعويض إلى مقدار الضرر الفعلي . أما في —

الفرع الثاني

ما يترتب على الشرط الجزائي من الأثر

٤٩٢ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٢٤ من التقنين المدني على ما يأتي:

" ١ – لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ".

" ٢ – ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ".

" ٣ – ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين ".

وتنص المادة ٢٢٥ على ما يأتي :

= الشرط الجزائي ، فلا ينزل التعويض عن المبلغ المقدر ، حتى لو كان الضرر أقل ، إلا إذا تبين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة (أنظر في هذه المسألة دموج ٦ فقرة ٤٤٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧١ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٩٠) .

ومن ذلك ما يتفق عليه المتعاقدان من شروط لتحديد الثمن أو الأجرة أو المقابل بوجه عام . فإذا اتفق المقاول مع رب العمل على ميعاد معين إذا سلم العمل قبله زيد في أجرة بنسبة معينة ، أو سلم العمل بعده نقص أجرة بنسبة معينة ، كان هذا الاتفاق تحديداً للأجر لا شرطاً جزائياً (دموج ٦ فقرة ٤٤٦). وإذا اشترط في عقد إيجار الأطيان أنه " في حالة زراعة القطن مكرراً يزاد الإيجار المستحق بما يوازي الإيجار الأصلي عن القدر الذي يزرع قطناً مكرراً " ، ورأت المحكمة أن هذا الشرط ليس شرطاً جزائياً يستلزم القضاء به التحقق من أن المؤجر قد لحقه ضرر بسبب مخالفته عقد الإيجار ، وإنما هو اتفاق على مضاعفة الأجر في حالة معينة ، وهي تكرار زراعة القطن في الجزء الواحد من الأرض المؤجرة سنتين متواليتين ، ورتبت على هذا لاعتبار حكمه ، وهو القضاء بالأجرة المضاعفة طبقاً لعقد الإيجار ، فلا تقبل المناقشة في ذلك لدى محكمة النقض مادام التفسير الذي أخذت به المحكمة متفقاً تمام الاتفاق مع مدلول عبارة العقد (نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٨ ص ٥٨) . وإذا رضي الدائن أن ينزل عن جزء من الدين إذا واظب المدين على دفع الأقساط في مواعيدها المعينة ، فإن اتفاقه مع المدين على ذلك لا يتضمن اتفاقاً على شرط جزائي (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٧٩) .

وقد يلتبس الشرط الجزائي بالصلح وبالتجديد ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : " وليس يبقى بعد ذلك سوى أمر التفريق بين الشرط الجزائي وبين ما قد يشتبه به من أوضاع تقوم على تحديد مقدار التعويض الواجب أداؤه مقدماً قبل استحقاقه ، سواء أدرج في صلب العقد أو في اتفاق لاحق . وهو بهذا يفترق عن الصلح أو التجديد ، إذ ينعقد كلاهما بعد أن يصبح التعويض مستحقاً، إما لحسم نزاع بشأن تقدير هذا التعويض ، وإما للاستعاضة عنه بدين جديد " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٥) .

" إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً "[١] .

ويقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٨١/١٢٣ [٢] .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢٢٥ – ٢٢٦ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ١٧٠ الفقرتين الثانية والثالثة ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٢٧ – ٢٢٨ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٦٦ (فقرة ٢ و ٣) و ٢٦٧ [٣] .

(١) تاريخ النص :

م ٢٢٤ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة " أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة " الواردة في الفقرة الثانية ، فقد كانت في المشروع التمهيدي : " أن التقدير كان فادحاً " . وأقرت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدي وأصبح رقم المادة ٢٣١ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة " بعبارة "أن التقدير كان فادحاً ". لأن كلمة " فادحاً " تفيد أن التقدير غير ممكن تحمله مع أن المقصود هو أن التقدير غير متناسب ، فتكون العبارة الأولى أقرب إلى الإفصاح عن المقصود ، وأصبح رقم المادة ٢٢٤ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧١ – ص ٥٧٢) .

م ٢٢٥ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٣٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ و ص ٥٧٥) .

(٢) وقد كانت المادة ١٨١/١٢٣ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " إذا كان مقدار التضمين في حالة عدم الوفاء مصرحاً به في العقد أو في القانون ، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر" . (هذا والتضمين المصرح به في القانون – كما ورد في النص – هو فوائد التأخر عن الوفاء بمبلغ من النقود ، وهو لا يدخل في الشرط الجزائي) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٢٥ – ٢٢٦ : (مطابقتان لنص المادتين ٢٢٤ – ٢٢٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ١٧٠ (فقرة ٢ و ٣) : (مطابقة لنص المادتين ٢٢٤ – ٢٢٥ من التقنين المدني المصري فيما عدا كلمة " فادحا " بدلا من عبارة " مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة) .

التقنين المدني الليبي م ٢٢٧ – ٢٢٨ : (مطابقتان لنص المادتين ٢٢٤ – ٢٢٥ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٦٦ (فقرة ٢ و ٣) : ولقد وضع البند الجزائي لتعويض الدائن من الأضرار التي تلحق به من عدم تنفيذ الموجب . فلا يحق له أن يطالب بالأصل والغرامة معاً ، إلا إذا كان البند الجزائي قد وضع لمجرد التأخير أو على سبيل إكراه المديون على الإيفاء . ويحق للقاضي أن يخفض غرامة الإكراه إذا وجدها فاحشة . وللقاضي أن ينقص البدل المعين في البند الجزائي إذا كان قد نفذ قسم من الموجب الأصلي . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري) . =

ونرى من نصوص التقنين المدني المصري سالفة الذكر أنه متى وجد الشرط الجزائي على النحو الذي بسطناه ، وأصبح مستحقاً ، لم يبق إلا القضاء به على المدين ، فإنه تعويض مقدر ارتضاه مقدماً ، فالحكم عليه به حكم بما ارتضاه على نفسه . ولكن الشرط الجزائي لا يستحق إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ، وقد مر القول في ذلك . يبقى بعد هذا أن الشرط الجزائي — كما تقول المادتان ٢٢٤ — ٢٢٥ من التقنين المدني — قابل للتخفيض وقابل للزيادة . فنبحث متى يجوز تخفيضه ، ومتى تجوز زيادته .

المبحث الأول

متى يجوز تخفيض الشرط الجزائي

٤٩٣ — حالتان : يتبين من نص الفقرة الثانية للمادة ٢٢٤ أنه يجوز للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي في حالتين : (أولاهما) إذا نفذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه . (والثانية) إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة .

٤٩٤ — تنفيذ الالتزام الأصلي في جزء منه : يوضع الشرط الجزائي عادة لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أصلا ، فإذا كان المدين قد قام بتنفيذ جزء من التزامه ،

= م ٢٦٧ : إن البند الجزائي صحيح معمول به وإن كان موازياً في الواقع لبند ناف للتبعة . وإنما تستثنى حالة الخداع الذي يرتكبه المديون . (وهذا الحكم معمول به دون نص في التقنين المدني المصري) .

ويلاحظ أن التقنين اللبناني لم يعرض لمبدأ اشتراط الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، مع أنه نص على تخفيض الشرط الجزائي (في صورة غرامة الإكراه) إذا وجده القاضي فاحشاً . ويقول الدكتور صبحي المحمصاني في هذا الصدد ما يأتي : " أما بخصوص الضرر ، فإن قانون الموجبات اللبناني لم يذكر شيئاً عنه ، ولكن اجتهاد القضاء (قرار محكمة الاستئناف الخاصة بتوحيد الاجتهاد الصادر في ١٢ تشرين الأول سنة ١٩٤٥ عدد ١٦ وقرار الغرفة الأولى من محكمة استئناف بيروت الصادر في ١٩ أيار سنة ١٩٥٣ عدد ٦٧٢ النشرة القضائية السابعة ١٩٥٣ ص ٥٣٧) سار وفقاً للاجتهاد الفرنسي على إعفاء الدائن من إثبات حقيقة الضرر ومقداره ، على اعتبار أن الغاية من تعيين التعويض مقدماً هي تحديد التعويض بوجه مقطوع قاطع للنزاع ، ومانع مسبقاً من سماع الدعوى بالزيادة أو النقصان " . هذا ويصعب التوفيق ، في تقنين كالتقنين اللبناني يبيح للقاضي تخفيض الشرط الجزائي (ولو في صورة غرامة الإكراه) إذا وجده فاحشاً ، بين هذا المبدأ ومبدأ عدم اشتراط الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، فإنه إذا جاز تخفيض الشرط الجزائي حتى يجعل متناسباً مع الضرر ، فأولى ألا يستحق أصلا إذا كان الضرر غير موجود . والقضاء الفرنسي لا يقع في هذا التعارض ، فهو لا يشترط إثبات الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، ولكنه في الوقت ذاته لا يجيز تخفيض هذا الشرط ليكون متناسباً مع الضرر .

فإن القاضي يكون قد احترم إرادة المتعاقدين إذا خفض الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من التزامه [١] . ويعتبر الأساس هو المبلغ المقدر في الشرط الجزائي ، فيخفض هذا المبلغ إلى النسبة التي تتفق مع الجزء الباقي دون تنفيذ الالتزام الأصلي [٢] . ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي على المدين [1] .

وقد يتفق الطرفان على استحقاق الشرط الجزائي إذا لم ينفذ المدين الالتزام الأصلي تنفيذاً سليماً ، سواء كان ذلك بأن لم ينفذه أصلا أو نفذه تنفيذاً معيباً . وفي هذه الحالة يستحق الشرط الجزائي كله إذا كان هناك عيب في التنفيذ ، نزولا على اتفاق الطرفين [٣] . ولكن إذا كان هذا العيب غير جسيم بحيث يكون الشرط الجزائي ، كتعويض عنه ، مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، جاز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي إلى الحد المناسب كما سنرى [٤] .

---

(١) استئناف أهلي ٤ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٨ ص ٣٣ — استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ — ٢٦ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٤ — ٢٤ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٧ — أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٥٠ — والتون ٢ ص ٤٠٦ — ص ٤٠٨ .

ويتفق في هذا الحكم كل من التقنين المدني الجديد بنص صريح ، والتقنين المدني السابق بالتطبيق للقواعد العامة ، والتقنين المدني الفرنسي إذ نصت المادة ١٢٣١ من هذا التقنين على أن " الشرط الجزائي يجوز للقاضي تعديله إذا نفذ الالتزام الأصلي في جزء منه " . وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ . ثم أنظر : نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩١ ص ٦٨٦ .

(٢) ويطبق القضاء المصري هذا الحكم على الشرط الجزائي القاضي ، عند تأخر المدين في دفع الأقساط المستحقة، بفسخ العقد وباعتبار ما سبق دفعه من الأقساط حقاً للدائن ، فيعتبر أن هناك تنفيذاً جزئياً للعقد يستوجب تخفيض الشرط الجزائي (استئناف مختلط ٢٦ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٤ — ١٩ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٠٧ — أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٥٠) . ويؤخذ على هذا التطبيق أن الشرط الجزائي إنما اشترط هنا لعدم التنفيذ الجزئي لا لعدم التنفيذ الكلي ، وأن التخفيض إنما يجوز في هذه الحالة إذا كان الشرط الجزائي يصبح مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة بالنسبة إلى ما لم يتم تنفيذه من الالتزام .

(1) إذا كان المدين قد نفذ بعض الأعمال التي التزم بها وتخلف عن تنفيذ بعضها الآخر ، فيعتبر تقصيره في هذه الحالة تقصيراً جزئياً يجيز للمحكمة أن تخفض التعويض المتفق عليه إلى الحد الذي يتناسب مع مقدار الضرر الحقيقي الذي لحق الدائن .

(جلسة ١٩٥٥/٢/١٧ الطعن رقم ٣٢٣ لسنة ٢١ ق) .

(جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ١٢٣٨) .

(٣) قارب استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٩ — ولكن إذا وضع الشرط الجزائي لتأخر المدين في التنفيذ ، فإنه يصبح غير ذي موضوع إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أصلا (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٦٢) .

(٤) أما في القانون الفرنسي فلا يجوز التخفيض حتى في هذه الحالة (قارب بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٥١ — ديموج ٦ فقرة ٤٨٩ ص ٥٢٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٠) .

٤٩٥ — تقدير التعويض في الشرط الجزائي مبالغ فيه إلى درجة كبيرة : وهنا نفرض أن المدين لم يقم بتنفيذه التزامه أصلا ، أو تأخر في التنفيذ مدة استحق من أجلها التعويض المقدر في الشرط الجزائي ، فلا يوجد إذن سبب خارجي لتخفيض الشرط الجزائي كما كان الأمر في حالة التنفيذ الجزئي التي سبق ذكرها . فهل يجوز مع ذلك الخروج على الاتفاق وتخفيض الشرط الجزائي ؟

رأينا في التقنين المدني الفرنسي (م ١١٥٢) يقضي بأنه " إذا ذكر في الاتفاق أن الطرف الذي يقصر في تنفيذه يدفع مبلغاً معيناً من النقود على سبيل التعويض ، فلا يجوز أن يعطى لتعويض الطرف الآخر مبلغ أكثر أو أقل " . وقد طبق القضاء الفرنسي هذا النص تطبيقا دقيقا ، فهو لا يجيز تخفيض الشرط الجزائي أياً كان تقدير التعويض ولو ثبت أنه مبالغ فيه إلى درجة كبيرة . ويبرر القضاء الفرنسي هذا الموقف بأن الفائدة المتوخاة من الشرط الجزائي إنما هي قطع السبيل على المدين في المحاجة والجدل في مقدار التعويض المستحق ، فقد اتفق مقدماً مع الدائن على تقديره ، فلا محل لإعادة النظر فيما تم الاتفاق عليه . وقد قدمنا أن القضاء الفرنسي يذهب إلى أبعد من ذلك ، فلا يشترط في استحقاق الشرط الجزائي إثبات ضرر يلحق الدائن ، فوجود الشرط الجزائي يفترض أن هذا الضرر قد وقع فعلا ، ولا يجوز إثبات عكس ذلك [1] . وغني عن البيان أن الالتزام الأصلي إذا كان مبلغا من النقود ، وكان الشرط الجزائي خاصاً بالتعويض عن تأخر المدين في الوفاء بهذا الالتزام ، واتفق المتعاقدان على فوائد أكثر من الحد الأقصى الذي يسمح به القانون ، فإنه يجب في هذه الحالة تخفيض الشرط الجزائي وإنزال الفوائد إلى الحد المسموح به [2] .

وفي عهد التقنين المدني المصري السابق كان القضاء المختلط يذهب هو أيضاً ، كالقضاء الفرنسي ، إلى عدم جواز تخفيض الشرط الجزائي ولو بدا أن التقدير المتفق عليه في هذا الشرط مبالغ فيه إلى درجة كبيرة [3] ، وقد كان نص التقنين السابق صريحا في هذا المعنى كنص التقنين الفرنسي ، فقد رأينا أن المادة ١٨١/١٢٣ كانت تقضي بأنه " إذا كان مقدار التضمين في حالة عدم الوفاء مصرحاً به في العقد أو في القانون ، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر " . وقد استقر القضاء المختلط على هذا الرأي منذ قضت به محكمة الاستئناف المختلطة في دوائرها المجتمعة [1] . أما القضاء الوطني فإنه ، بعد تردد وتضارب في الأحكام ، استقر على جواز تخفيض الشرط الجزائي إذا اتضح أن تقدير التعويض في هذا الشرط كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، وذلك بالرغم من صراحة نص المادة ١٢٣ من التقنين المدني الوطني [2] .

---

(١) وقد كان القانون الفرنسي القديم يجيز تخفيض الشرط الجزائي (بوتييه في الالتزامات فقرة ٣٤٥) ، ولكن التقنين المدني الفرنسي عدل ، بعد تردد أثناء مناقشة مشروع هذا التقنين في مجلس الدولة ، عن تقاليد القانون الفرنسي القديم ، ولم يجز التخصيص حتى يجعل الشرط الجزائي يحقق الغرض المتوخى منه (بودري وبارد ١ فقرة ٤٩٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٩ ص ٢٠٢ — ص ٢٠٣) .

(٢) وهذا الحكم واجب التطبيق في مصر وفي فرنسا على حد سواء (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٨٤ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٤ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٥٢ — ديموج ٦ فقرة ٤٥٦ ص ٤٩٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨٢ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٩٣ — جوسران [illegible] فقرة ٦٤٢) .

(٣) استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٠٨ — ٥ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٦ — ١٢ مارس سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ١٣٥ ص ٢٨٧ — ومع ذلك أنظر العكس : استئناف مختلط ٦ [illegible] سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٧٥ .

---

(١) استئناف مختلط (الدوائر المجتمعة) ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥ — استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٦٧ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٧٥ — ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٤٢ ص ٥٣ — ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨١ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٢٣ — ٣١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٧٩ .

(٢) وقد كانت بعض أحكام القضاء الوطني تقضي بأن المادة ١٢٣ صريحة في وجوب القضاء بالشرط الجزائي على وجه الإطلاق ، فليس للمحاكم أن تحكم بأقل منه أو أكثر (استئناف أهلي ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٥ ص ٦١ — ٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٩ ص ٢٣٨ — ٢٩ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٩٥ ص ١٤٩ — ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٧ ص ١٣) — وتقضي أحكام أخرى بأنه إذا تبين للمحكمة أن الشرط الجزائي المنصوص عنه في العقد مبالغ فيه ، فلها أن تعتبره شرطاً تهديدياً لا يلتفت إليه ، وأن ترجع في تقدير الضرر ، إن وجد ، إلى القواعد العامة (استئناف أهلي ٤ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٨ ص ٣٣ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٣ ص ٩١) . ثم حسمت محكمة الاستئناف في دوائرها المجتمعة هذا الخلاف ، فقضت بأنه إذا ثبت لدى القاضي أن مقدار الشرط الجزائي جائر وغير مقبول وغير متناسب مع الضرر الذي حصل فعلا لمتعهد إليه ، وبعبارة أخرى إذا تبين له أن الشرط الجزائي إنما هو في الواقع ونفس الأمر شرط تهديدي ليس إلا — وهذا أمر واقعي محض وخاص بكل قضية على حدتها — فإن له في مثل هذه الحالة فقط أن يمتنع عن التصديق على هذا التعويض الجائر ، وأن يقدره هو حسب ما يظهر له من ظروف ووقائع الدعوى (٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٥٣ المحاماة ٧ ص ٣٣١ — أنظر أيضاً : استئناف مصر ٨ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ ص ١١١٨) . وبالرغم من حكم الدوائر المجتمعة صدر حكمان بعد ذلك من محكمة استئناف مصر في يوم واحد عدلت فيهما عن هذا المبدأ ، فقضت بأن القانون أباح الشرط الجزائي لفائدتين : الأولى إقفال باب المنازعة في أهمية الضرر ، والثانية إعفاء الدائن مع إثبات تحقق الضرر . فاتفاق الطرفين على التعويض ومقداره عند وقوع مخالفة يتضمن إقراراً بالضرر ، ويجب الأخذ بما تدون في الاتفاق لأنه ارتباط قانوني له قوته ، وهو شريعة المتعاقدين يقوم مقام القانون في بيان حقوق كل منهما وواجباته (٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٣٠٥) ، وبأن الاتفاق على تحديد مقدار التعويض في العقد في حالة عدم تنفيذ المتعهد معناه التسليم فعلا من المتعاقدين بأنهما يعتقدان أن عدم التنفيذ يترتب عليه ضرر حتماً ، وأن هذا الضرر يقدر بالمبلغ المتفق عليه ، لأنه لا يمكن الانتقال للتكلم عن مقدار التعويض إلا بعد الفراغ من مسألة استحقاقه واعتبارها مقطوعاً بها ، فلا يقبل بعد ذلك من المدين مطالبة الدائن بإثبات حصول الضرر ولا قيامه هو بإثبات عدم حصوله ، كما لا تقبل منه المناقشة في مقدار التعويض (٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٨٦٠ — وأنظر أيضاً الموجز للمؤلف ص ٤٤٨ هامش رقم ٣) . ولكن محكمة =

وقد جاء التقنين المدني الجديد مقنناً للقضاء الوطني في هذه المسألة ، فعدل من نص المادة ١٨١/١٢٣ من التقنين المدني السابق بأن نص في الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ ، كما رأينا ، على أنه " يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة " [1] . والتقنين المدني الجديد ، في هذا الحكم الذي أورده من جواز تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة [1] ، لا يقنن القضاء الوطني فحسب ، بل هو أيضاً يجارى نزعات التقنينات الحديثة ، فإن التقنين المدني الألماني (م ٣٤٠ و ٣٤٣) وتقنين الالتزامات السويسري (م ١٦١ و ١٦٣) والتقنين المدني الإيطالي الحديث (م ١٣٨٤) تجيز كلها تعديل الشرط الجزائي نقصاً أو زيادة . وقد بررت محكمة الاستئناف الوطنية في دوائرها المجتمعة هذا الحكم بأن الشرط الجزائي ، إذا كان مبالغاً فيه ، يكون الطرفان على علم بهذه المبالغة ، بل يكونان قد قصدا إليها وجعلا الشرط الجزائي شرطاً تهديدياً لحمل المدين على عدم الإخلال بالتزامه. ومؤدى ذلك أن الشرط الجزائي المبالغ فيه ينطوي في الواقع من الأمر على عقوبة فرضها الدائن على المدين ، فيكون باطلا ، ويعمد القاضي عند ذلك إلى تقدير التعويض وفقاً للقواعد العامة في تقدير التعويض بواسطة

= النقض أيدت قضاء الدوائر المجتمعة في حكم لها صدر بعد نفاذ التقنين الجديد ، ولكن عن وقائع حدثت قبله . إذ قضت بأنه متى كان يبين من الحكم أن المحكمة لم تأخذ بشرط التعويض الجزائي المتفق عليه بالعقد، وقدرت التعويض الذي طلبت المطعون عليها عدم الحكم به على الطاعنين بمبلغ معين بناء على الاعتبارات التي استمدتها من واقع الأوراق المقدمة في الدعوى ، ورأت معها أنه تعويض مناسب للضرر الذي لحق المطعون عليها ، فإن هذا الذي أخذت به المحكمة لا عيب فيه لدخوله في سلطتها الموضوعية واستقلالها بتقديره (نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٦ ص ٦٧٦. وانظر أيضاً : نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩١ ص ٦٨٦) .

ونرى مما تقدم أن هناك تدرجاً في موقف كل من القضاء الفرنسي والقضاء المختلط والقضاء الوطني : فالقضاء الفرنسي لا يجيز تخفيض الشرط الجزائي بل ولا يشترط وقوع الضرر ، والقضاء المختلط لا يجيز تخفيض الشرط الجزائي ولكن يشترط وقوع الضرر ، والقضاء الوطني يشترط وقوع الضرر ويجيز تخفيض الشرط الجزائي في وقت واحد (الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٠ ص ٤٤٩) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .

(1) إذ كانت المادة ٢٢٤ من القانون المدني قد أجازت للقاضي أن يخفض مقدار التعويض الاتفاقي إذا أثبت المدين أنه كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، وكانت الطاعنة قد تمسكت في مذكرتها المقدمة لمحكمة الاستئناف بأن مقدار التعويض الاتفاقي مبالغ فيه إلى درجة كبيرة ، وطلبت إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك ، فإن الحكم إذا قضي بالتعويض الاتفاقي دون أن يعرض لهذا الدفاع رغم أنه جوهري قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى ، فإنه يكون مشوباً بالقصور .

(جلسة ١٩٨٣/٣/١٠ الطعن رقم ٩٢٨ لسنة ٥٢ ق س ٣٤ ص ٦٦٩) .

(جلسة ١٩٦٨/١٢/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ق ص ١٤٩٠) .

القاضي [1] . ويمكن أن يضاف إلى هذا التبرير أن الشرط الجزائي لا يعرض إلا لتقدير التعويض المستحق ، فهو ليس سبباً في استحقاق التعويض ، بل يقتصر على مجرد تقديره مقدماً وفقاً لما قام أمام الطرفين وقت الاتفاق من اعتبارات وظروف . فإذا اتضح بعد ذلك أن الضرر الذي وقع لم يكن بالمقدار الذي ظنه الطرفان قبل وقوعه ، وأن تقديرهما للتعويض عن هذا الضرر كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، فإن الأمر لا يخلو عندئذ من غلط في التقدير وقع فيه المتعاقدان أو ضغط وقع على المدين فقبل شرطاً يعلم مقدماً أنه مجحف به [2] ، وفي الحالتين يكون الواجب تخفيض الشرط الجزائي إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر .

على أنه يلاحظ أن الشرط الجزائي ، بالرغم من عدم الحكم به عند انعدام وقوع الضرر أو تخفيضه إذا كان غير متناسب مع الضرر الذي وقع ، لا تزال فائدته محققة للدائن من وجوه ثلاثة .

(أولا) إن وجود الشرط الجزائي يجعل ، كما قدمنا ، وقوع الضرر مفروضاً لا يكلف الدائن بإثباته . فإذا ادعى المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر . فعليه هو لا على الدائن عبء الإثبات .

(ثانيا) إن وجود الشرط الجزائي يجعل من المفروض أن تقدير التعويض الوارد في هذا الشرط هو تقدير صحيح للضرر الذي وقع . فإذا ادعى المدين أنه تقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة ، فعليه هو لا على الدائن عبء الإثبات [3] .

(ثالثا) ولا يكفي أن يثبت المدين أن التقدير الوارد في الشرط الجزائي يزيد على مقدار الضرر الذي وقع فعلا . فما لم يثبت أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة ، فإن القاضي لا يخفض الشرط الجزائي حتى لو زاد التقدير الوارد فيه على الضرر زيادة غير

(١) نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩١ ص ٦٨٦ ، وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم

(٢) ويكون الشرط الجزائي في هذه الحالة شرطاً تهديدياً قبله المدين ، إما تحت تأثير الضغط وإما لاعتقاده أنه سيقوم حتما بتنفيذ التزامه فلن يتعرض لتوقيع الشرط الجزائي عليه ، فقبوله للشرط الجزائي يكون إذن عن إكراه أو عن اندفاع وتسرع .

(٣) ويترك الأمر لتقدير قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض بأن إثبات حصول الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع ، فإذا رأت محكمة الاستئناف أن ما وقع من المتعهد بتوريد الأغذية لأحد الملاجئ " هو أمر خطير فيه تعريض لصحة الالتجاء للخطر ، فضلا عما فيه من إفساد للمستخدمين الموكول إليهم حمايتهم والمحافظة على سلامتهم " ، ثم رأت أن التعويض المشروط في عقد التوريد على هذا الفعل متناسب وغير جائر ، فحكمت بإلزام المتعهد به ، فلا معقب على حكمها لمحكمة النقض (نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤١ ص ١٢٣)

كبيرة. وحتى إذا أثبت المدين أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة وخفض القاضي الشرط الجزائي ، فإن التخفيض يكون إلى حد يتناسب مع الضرر ولا يتحتم أن يكون مساوياً للضرر [1] [1]، ومن ثم إذا وجد القاضي أمامه شرطاً جزائياً سخياً في التقدير ، كان هذا من شأنه أن يجعل سلطة القاضي التقديرية في حساب التعويض تسخو لمصلحة الدائن ، فيبقى غالباً في التعويض بعد تخفيضه سعة ينتفع هذا بها .

٤٩٦ — هذه الأحكام تعتبر من النظام العام : والأحكام التي قدمناها — وقوع ضرر لاستحقاق الشرط الجزائي وجواز تخفيض هذا الشرط للتنفيذ الجزئي أو للمبالغة في التقدير — تعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٢٤ من التقنين المدني صراحة على ذلك إذ تقول : " ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين " .

ومن ثم لا يجوز للطرفين أن يضيفا إلى الشرط الجزائي أنه واجب الدفع على كل حال ، حتى لو لم يقع ضرر أو قام المدين بتنفيذ الالتزام تنفيذاً جزئياً أو تبين أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة . ولو تم الاتفاق على ذلك . كان هذا الاتفاق باطلا لمخالفته للنظام العام . وجاز للقاضي بالرغم من وجوده ألا يحكم بأي تعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ، وأن يخفض الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أنه قام بتنفيذ الالتزام تنفيذاً جزئياً أو أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة . فالقانون هنا يحمى المدين ، ويعتبر أن رضاءه بمثل هذا الاتفاق أقرب إلى الإذعان منه إلى القبول .

(١) وقد رأينا في تاريخ نص المادة ٢٢٤ أن المشروع التمهيدي لهذه المادة كان يتضمن العبارة الآتية : " إذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحا " ، فعدلت هذه العبارة في لجنة مجلس الشيوخ إلى العبارة التي استقرت في التقنين الجديد : " إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة " (أنظر آنفاً فقرة ٤٩٢ في الهامش) . ولا يستفاد من هذا التعديل أنه يكفي أن يكون التقدير أزيد من الضرر الحقيقي ، بل يجب أن يكون أزيد بكثير من هذا الضرر ، وإن لم يكن من الضروري أن يصل إلى درجة الفداحة والإرهاق .

(1) أ — تقدير التعويض عن الضرر من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع ، إلا أن تعيين عناصر الضرر التي يجب أن تدخل في حساب التعويض هو من المسائل القانونية التي يخضع فيها لرقابة محكمة النقض.

(جلسة ١٩٧١/٢/٤ السنة ١٤ ص ١٧٢) .

ب — لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر ، ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه .

(جلسة ١٩٧٥/١٢/٣١ السنة ٢٦ ص ١٧٥٧) .

المبحث الثاني

متى تجوز زيادة الشرط الجزائي

٤٩٧ — حالتان : رأينا أن المادة ٢٢٥ تقضي بجواز زيادة الشرط الجزائي إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المقدر وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما. كذلك لا يجوز — تطبيقا للقواعد العامة — أن يجعل المدين من الشرط الجزائي تكئة للتحايل على قواعد التعديل الاتفاقي للمسئولية ، فبعض هذه القواعد يعتبر من النظام العام ولا تجوز مخالفته حتى تحت ستار الشرط الجزائي [1] .

ونستعرض كلا من هاتين الحالتين :

٤٩٨ — زيادة الضرر على التعويض المقدر وقد ارتكب المدين غشاً أو خطأً جسيما : إذا تبين ، على العكس مما تقدم ، أن التعويض المقدر ليس مبالغا فيه بل هو أقل من الضرر الواقع ، فإن القاضي مع ذلك لا يزيده ليكون مساوياً للضرر ، بل يحكم به كما هو . ويكون الشرط الجزائي في هذه الحالة بمثابة تخفيف لمسئولية المدين . والاتفاق على التخفيف من المسئولية أو الإعفاء منها جائز ، فقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ بجواز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذه التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم [2] .

ومعنى ذلك أنه إذا زاد الضرر على التعويض المقدر، ولكن الدائن أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيما ، فإن الشرط الجزائي الذي جاز أن يخفف من مسئولية المدين في حالة الخطأ العادي لا يستطيع أن يخفف من مسئوليته في حالتي الغش والخطأ الجسيم . وينبني على ذلك أن القاضي يزيد في مقدار التعويض حتى يصبح معادلا للضرر الذي وقع .

(١) وإذا اشترط الدائن ، إلى جانب الشرط الجزائي ، تعويضاً من نوع آخر ، بأن اشترط على المدين إذا لم يسلم به كذا قنطاراً من القطن مثلا وجب أن يدفع الفرق بين ثمن القطن وقت التسليم والثمن الذي اشترى به الدائن هذا القطن مع حساب المدين ، وهذا بالإضافة إلى شرط جزائي مقدر ، لم يجز للدائن أن يجمع بين التعويضين ، ولكن له أن يختار أحدهما (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٩٤ — ٣١ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٦٤ — ١١ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣١ — أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٤) . على أنه يجوز الجمع بين التعويضين إذا كان كل تعويض يؤسس على ضرر غير الضرر الذي يؤسس عليه التعويض الآخر (استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ٩٢ ص ١٠٠ — ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٩٢) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .

ولا يمنعه من ذلك أن التعويض مقدر في الشرط الجزائي ، فإن الدائن في اتفاقه مع المدين على تقدير التعويض لم يدخل في حسابه غش المدين أو خطأه الجسيم ، ولا ينبغي أن يحسب هذا الحساب [1] .

على أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ تضيف إلى ما تقدم أنه يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه. وينبني على ذلك أنه يجوز الاتفاق على شرط جزائي يقدر التعويض الذي يستحق من جراء تحقق مسئولية الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه ، ولا يجوز للقاضي زيادة هذا التعويض حتى لو جاوز الضرر المبلغ المقدر ووقع غش أو خطأ جسيم من الأشخاص الذين استخدمهم المدين في تنفيذ التزامه . ذلك أن الشرط الجزائي في هذه الحالة يعتبر اتفاقاً على تخفيف المسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من تابعي المدين ، ومثل هذا الاتفاق جائز كما قدمنا .

٤٩٩ – الشرط الجزائي تحايل للإعفاء من المسئولية إعفاء يتعارض مع النظام العام :

وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢١٧ على أنه " يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع " . ويتبين من ذلك أنه لا يجوز أن يتفق الطرفان على إعفاء المدين من مسئوليته التقصيرية ويكون هذا الاتفاق باطلا لو تم لتعارضه مع النظام العام .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه متى ثبت أن الإخلال بالتعهد كان عن سوء قصد ، وجب تعويض الضرر دون التقيد بالشرط الجزائي ، لأن الملحوظ بين المتعاقدين عند تقديرهما التعويض بنفسهما تبادل حسن القصد بينهما ، فإذا انتفى ذلك وتبدلت النية ، وجب الرجوع إلى القاعدة العامة، وهي التعويض عن الضرر مهما بلغت قيمته (٣١ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٦٥) . أنظر أيضاً بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٩ ص ٢٠٢ . وقد نصت المادة ٢٦٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على " أن البند الجزائي صحيح معمول به ، وإن كان موازياً في الواقع لبند ناف للتبعة ، وإنما تستثنى حالة الخداع الذي يرتكبه المديون

هذا ويلاحظ أن الشرط الجزائي يكون تطبيقه على الحالة التي نظر إليها المتعاقدان ، فالشرط الجزائي المتفق عليه في حالة التأخر لا يسري على حالة عدم التنفيذ . فإن لم ينفذ المتعهد التزامه تقدر التعويضات طبقاً لمبادئ القانون العام (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٩ – ٢٣ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢١٥ – محكمة الجزئية الأهلية ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ ص ٩٦) .

وغني عن البيان أن الطرفين لا يستطيعان أن يضيفا إلى الشرط الجزائي أنه غير قابل للزيادة حتى في حالة غش المدين أو خطئه الجسيم ، فإن هذا الاتفاق يعتبر مخالفاً للنظام العام ، ولا حاجة إلى نص خاص بهذه الحالة كالنص الذي سبق ذكره في أحوال تخفيض الشرط الجزائي (م ٢٢٤ فقرة ٣) ، فإن نص المادة ٢١٧ فقرة ٢ كاف في ذلك .

وكما لا يستطيع الطرفان أن يبرما هذا الاتفاق بطريق مباشر ، كذلك لا يستطيعان إبرامه بطريق غير مباشر ، بأن يتفقا على شرط جزائي يكون من التفاهة بحيث يكون المقصود به أن يصل المدين إلى اشتراط إعفائه من مسئوليته التقصيرية [1] . ففي هذه الحالة يكون الشرط الجزائي باطلا ، وللقاضي أن يحكم بتعويض أزيد بكثير من التقدير التافه الذي ورد في الشرط الجزائي ، متوخياً في ذلك تطبيق القواعد العامة في التقدير القضائي للتعويض [2] .

الفصل الثالث

التعويض القانوني أو الفوائد

(Les intérêts)

٥٠٠ – قد يتكفل القانون بتحديد مقدار التعويض : قدمنا أن الأصل هو أن يقوم القاضي بتقدير التعويض وفقاً للقواعد التي بسطناها فيما تقدم . وقد يتفق المتعاقدان على تقدير التعويض مقدما في شرط جزائي على النحو الذي سبق بيانه .

أما أن المشرع هو الذي يتكفل في نصوص تشريعية بتحديد مقدار التعويض ، فهذا أمر ينبغي عدم الإقدام عليه إلا في حالات نادرة يقوم فيها مبرر قوي لمثل هذا الإجراء ، ويكون في هذا المبرر القوي ما يكافئ الضرر الذي يحتم عن انطواء نصوص تشريعية جامدة على مقادير معينة من التعويض ، في حالات متنوعة قد تختلف ظروفها، وقد يتفاوت الضرر الذي يقع في كل حالة منها ، ومع ذلك يبقى مقدار التعويض عن هذا الضرر المتفاوت جامدا في النص لا يتغير .

ومن هذه الحالات النادرة التعويضات المقدرة التي حددها القانون في شأن إصابات العمل . فقد قضي قانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ [3] (بإصدار قانون التأمين الاجتماعي) بأن

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .
(٢) استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٩ ص ٢٠٢
(٣) وفي فرنسا توجد تشريعات مماثلة سبقت التشريعات المصرية ، من ذلك قانون ٩ ابريل سنة ١٨٩٨ الذي يقرر مقادير مقطوعة من التعويضات عن إصابات العمل ، تقوم على أساس أجر العامل ، وتتفاوت بتفاوت جسامة الإصابة (أنظر جوسران ٢ فقرة ٦٣٧) .

وفي مصر صدر القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ بإصدار قانون التأمينات الاجتماعية ، ثم ألغي بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ بإصدار قانون التأمين الاجتماعي ، وقد حلّت الهيئة العامة للتأمين والمعاشات أو الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية بحسب الأحوال محل صاحب العمل في تعويض العامل المصاب إذا حدثت الإصابة أثناء العمل وبسببه .

لكل عامل أصيب بسبب العمل ، وفي أثناء تأديته ، الحق في الحصول من الجهة المختصة على تعويض مقدر في هذا القانون بحسب جسامة الإصابة ؛ ولا يستحق التعويض إذا ثبت أن العامل قد تعمد إصابة نفسه أو أن الإصابة قد حدثت بسبب سلوك فاحش ومقصود من جانب العامل [1] . أو كان المصاب تحت تأثير الخمر أو المخدرات أو خالف مخالفة صريحة لتعليمات الوقاية المعلقة في أمكنة ظاهرة في محل العمل. ومن هذه الحالات كذلك القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٤ بشأن تعويض أفراد طاقم السفن التجارية ضد أخطار الحرب . ويقضي على مالك السفينة ومجهزها ومستأجرها متضامنين بتعويض مقدر من يصاب بسبب أخطار الحرب من أفراد طاقم السفينة (الربان وضباط الملاحة والمهندسين البحريين والبحارة وغيرهم ممن يقوم بأي عمل في السفينة) . ويلاحظ أن المبرر القوي في هذه الحالات هو أن المشرع اختار أن يقيم المسئولية فيها على فكرة تحمل التبعة (risqe) . والمسئولية على هذا الوجه أمر خطير لم ير المشرع أن يسير في طريقه إلى النهاية . وآثر أن يتولى تحديد التعويض بمقادير معينة ضمنها نصوصا تشريعية، وأغفل فيها أن يكون مقدار التعويض مساويا للضرر، بل جعلها مقادير مقطوعة تعوض عن بعض الضرر لا عن كله . وذلك حتى لا يثقل عبء المسئولية كاهل من يحملها وهو إنما يسائل عن أحداث لا يد له فيها وحمله القانون مع ذلك تبعتها [2] .

(١) وبالمثل إذا أثبت العامل خطأ جسيماً في جانب رب العمل ، كان له أن يرجع عليه بتعويض كامل عن الضرر الذي أصابه ، ولو زاد على المقدار المقطوع المقرر في القانون ، إذ لا يجوز إعفاء رب العمل إعفاء كليا أو جزئيا من مسئوليته عن الخطأ الجسيم . ويستوي في تطبيق قانون إصابات العمل أن تنشأ الإصابة عن آلات العمل وأدواته أو تنشأ عن شيء آخر ، مادام العامل قد أصيب بسبب العمل وفي أثناء تأديته وقد قضت محكمة النقض بأن المادة الثالثة من قانون إصابات العمل ، إذ نصت على أن لكل عامل أصيب بسبب العمل وفي أثناء تأديته الحق في الحصول من صاحب العمل على تعويض عن إصابته ، قد جاء نصها عاما شاملا لأي من الحوادث يقع فيصيب العامل بسبب العمل وأثناء تأديته . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قرر أن تطبيق هذه المادة والقضاء بالتعويض للعامل بموجبها مقصور على الحوادث التي تنشأ عن آلات العمل وأدواته ، فإن هذا الذي قرره غير صحيح في القانون . وإذا كان خطأ رب العمل الذي نشأ عنه الحادث فاحشا ، فإنه يجوز للعامل المضرور التذرع بالقواعد العامة للمسئولية التقصيرية ، دون التقيد باللجوء إلى قانون إصابات العمل . وذلك عملا بالمادة الرابعة منه . وإذن فإن الحكم ، وإن كان قد أخطأ في فهم قانون إصابات العمل بما قرره من وجوب أن يكون الحادث قد نشأ من آلات العمل وأدواته ، إلا أن النعي عليه بهذا الفهم الخاطئ يكون غير منتج ، متى كان قد أقام قضاءه على دعامة يستقيم بها ، وهي وقوع خطأ فاحش من جانب رب العمل يسوغ للعامل طلب تطبيق القواعد العامة للمسئولية التقصيرية (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٢ ص ٢٤٩) .

(٢) أنظر أيضا التعويضات المقدرة في قانون العمل الفردي .

٥٠١ — التعويض القانوني عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود :

وهذه حالة عمد فيها المشرع إلى التدخل وتكفل بتحديد مقدار التعويض في نصوص تشريعية هي حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود . فإن التعويض الذي يجوز أن يرتبه القانون على هذا الالتزام — سواء كان تعويضا عن التأخر في دفعه أو كان تعويضا عن الانتفاع برأس المال [1] — تحدده النصوص التشريعية في صورة فوائد (intérêts) . ويتكفل القانون بتحديد مقدار هذه الفوائد . والسبب في ذلك كراهية تقليدية للربا . لا في مصر فحسب ، ولا في البلاد الإسلامية وحدها ، بل في أكثر تشريعات العالم . فالربا مكروه في كل البلاد وفي جميع العصور . ومن ثم لجأ المشرع إلى تحديده للتخفف من رزاياه . وهذا هو الاعتبار القوي الذي حمل القانون في هذه الحالة على التدخل . وتحديد التعويض تحديدا قانونيا في نصوص تشريعية [2] .

وسنرى فيما يلي كيف كره المشرع المصري الربا ، فحدد لفوائد رؤوس الأموال، تأخيرية كانت أو تعويضية : سعرا قانونيا وسعرا اتفاقيا ، وكيف تشدد في مبدأ سريان هذه الفوائد فجعله عند عدم الاتفاق لا من وقت الإعذار بل من وقت المطالبة القضائية، وكيف أجاز استرداد ما يدفع زائدا على السعر المقرر . وكيف أعفى المدين في حالات معينة من دفع الفوائد حتى في الحدود التي قررها . وكيف منع تقاضي فوائد على متجمد الفوائد، وكيف وقف بمجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن عن أن تجاوز رأس المال [3] . في هذه وغيرها آيات على كراهية المشرع للربا . وعلى الرغبة في التضييق منه حتى لا يستفحل فيرهق المدين ، وقد يؤذنه بالإفلاس والخراب .

ولعلاج هذا الموضوع نستعرض : (أولا) شروط استحقاق الفوائد . (ثانيا) مقدار الفوائد كما حددها القانون .

(١) أما التعويض عن عدم التنفيذ فلا يتصور في الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، فإن التنفيذ العيني يكون دائما مستطاعا ، وقد مر القول في ذلك (أنظر آنفا فقرة ٤٢١ وفقرة ٤٥٩ في الهامش) .

(٢) ثم إن النقود يمكن عادة استغلالها بسعر ليس فيه كثير من التفاوت ، ومن ثم تيسر للمشرع أن يقرر سعرا للفائدة القانونية وحدا أقصى للفائدة الاتفاقية (أنظر فقرة ٥٠٨ فيما يلي) .

(٣) وقد زاد التقنين الجديد على التقنين القديم في كراهية الربا : فنزل بسعر الفوائد وكانت مرتفعة في التقنين القديم ، ومنع تقاضي فوائد متجمد الفوائد وكان ذلك جائزا ، وحدد مجموع الفوائد بما لا يزيد على رأس المال وكان هذا التحديد غير موجود ، وأعفى المدين في بعض حالات من دفع الفوائد حتى في الحدود التي قررها ولم يعرف التقنين القديم هذا الإعفاء

الفرع الأول

شروط استحقاق الفوائد

٥٠٢ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٢٦ من التقنين المدني على ما يأتي:

" إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ، وكان معلوم المقدار وقت الطلب ، وتأخر المدين في الوفاء به ، كان ملزماً بأن يدفع للدائن ، على سبيل التعويض عن التأخر، فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية. وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها . وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره " .

وتنص المادة ٢٢٧ على ما يأتي :

" ١ – يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد ، سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة . فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة ، وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر " .

" ٢ – وكل عمولة أو منفعة ، أياً كان نوعها ، اشترطها الدائن ، إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره ، تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض ، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة " .

وتنص المادة ٢٢٨ على ما يأتي :

" لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخر "[1] .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٢٦ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة " وكان معلوم المقدار وقت الطلب " فقد ورد بدلا منها في المشروع التمهيدي عبارة " وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام " . وقد أقرت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدي ، وأصبح رقم المادة ٢٣٣ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ تساءل الأعضاء في تخفيض سعر الفائدة ، ثم استبقي السعر كما ورد في المشروع . واقترح حذف عبارة " كان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام " حتى تستحق الفوائد على المبالغ التي تتم المطالبة بها أمام القضاء ولو لم يكن مقدارها معلوما وقت رفع الدعوى كالتعويض عن عمل غير مشروع مثلا (!) . ويستند الاقتراح =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق (المعدل بالمرسوم بقانون الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨) المواد ١٢٤ – ١٨٢/١٢٥ – ١٨٥[1] .

= إلى أن القيد ينافي قاعدة أن الأحكام مقررة للحق ... وفيه حماية للمماطل وانتقاص من حق الدائن ... ولا يوجد له نظير في التشريع المقارن المشار إليه في المذكرة الإيضاحية . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن المقصود من اشتراط كون الالتزام معلوم المقدار منع سريان الفوائد على المبالغ التي يطالب بها الدائن على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع . والاستناد إلى قاعدة اعتبار الأحكام مقررة غير وارد ، إذ يبحث التعويض القانوني عن التأخير في تقدير التعويض القضائي فلا يتأثر مركز الدائن من هذه الناحية . وقد يكون تقدير التعويض بطبيعته غير ميسور إلا بعد إجراءات طويلة ، فلا يكون للمدين يد في هذا التأخير . وقد استقر القضاء على هذا الحكم دون نص . ولكن اللجنة رأت من جهة أخرى تعديل العبارة على النحو الآتي: " وكان معلوم المقدار وقت الطلب " ، لأن العبرة في تعيين المقدار بوقت المطالبة لا بوقت نشوء الالتزام . وأصبحت المادة رقمها ٢٢٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٦ و ص ٥٧٨ – ص ٥٨٠) .

م ٢٢٧ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٥ من المشروع التمهيدي مقتصراً على الفقرة الأولى منه دون الفقرة الثانية . وفي لجنة المراجعة أضيفت الفقرة الثانية وأصبح رقم المادة ٢٣٤ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة " إذا ما ثبت أن " الواردة في الفقرة الثانية بعبارة إذا ما أثبت المدين أن " ، وبذلك يكون تعيين من يحمل عبء الإثبات خاضعاً للقواعد العامة . وأصبحت المادة رقمها ٢٢٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٢ و ص ٥٨٤ – ص ٥٨٦) .

م ٢٢٨ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٣٥ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٧) .

(١) كانت المادة ١٨٢/١٢٤ – ١٨٤ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " إذا كان المتعهد به عبارة عن مبلغ من الدراهم ، فتكون فوائده مستحقة من يوم المطالبة الرسمية فقط إذا لم يقض العقد أو الاصطلاح التجاري أو القانون في أحوال مخصوصة بغير ذلك . وتكون الفوائد باعتبار خمسة في المائة سنوياً في المواد المدنية وستة في المائة في المواد التجارية ما لم يحصل الاتفاق على غير ذلك " . وكانت المادة ١٨٢/١٢٥ من نفس التقنين تجرى على الوجه الآتي : " لا يجوز مطلقاً أن يحصل الاتفاق بين المتعاقدين على فوائد تزيد على ثمانية في المائة سنوياً . ويجوز تخفيض هذا الحد إلى سبعة في المائة بمرسوم، وفي هذه الحالة لا يطبق سعر الفائدة الجديد إلا بعد مضي ستة أشهر من تاريخ نشر المرسوم . ويجوز رد الحد المخفض إلى أصله بنفس الشروط والأوضاع المذكورة . وكل اتفاق نص فيه على فائدة تزيد على هذا الحد تخفض حكماً بالقانون إلى الحد الأقصى للفائدة التي يجوز الاتفاق عليها . وكل عمولة أو منفعة أياً كان نوعها اشترطها المقرض ، إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المقدم ذكره ، تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض إذا ما أثبت المقترض أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون المقرض قد أداها ولا منفعة مشروعة " .

وكان التقنين المدني السابق في مبدأ الأمر يجعل سعر الفائدة القانونية ٧ % في المواد المدنية و ٩% في المواد التجارية . ثم عدل هذا السعر إلى ٥% و ٧% بالأمر العالي الصادر في ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ ، وهي =

ونقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٢٢٧ — ٢٢٩ ، وفي التقنين المدني العراقي المواد ١٧١ — ١٧٣ فقرة أولى و ١٧٦ ، وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢٢٩ — ٢٣١ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٢٦٥ فقرة أولى و ٧٦٧ (١) .

— هذا الأمر معمولاً به إلى أن صدر مرسوم بقانون في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ يجعل السعر ٥% و ٦% ثم نزل السعر في التقنين الجديد ، كما رأينا إلى ٤% و ٥% .

وكان سعر الفائدة الاتفاقية في مبدأ الأمر ، في التقنين المدني السابق ، ١٢% . ثم عدل بالأمر العالي الصادر في ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ إلى ٩% ، دون أن يلاحظ في هذا التعديل أن يعدل تبعاً لذلك نص المادة ٥٨٢ /٤٧٨ ، فبقيت هذه المادة تنص على أن الفائدة الاتفاقية في عارية الاستهلاك لا يجوز أن تزيد على ١٢% . ثم صدر مرسوم بقانون في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ يجعل السعر الاتفاقي للفائـــدة ٨% ويجوز تخفيضه بمرسوم إلى ٧% . وعدلت المادة ٥٨٢/٤٧٨ في هذه المناسبة ، فأصبحت متمشية مع المادة ١٨٥/١٢٥ . وأضاف المرسوم بقانون المذكور النص الآتي : " لا يسري حد الفائدة التي يجوز الاتفاق عليها المقرر بهذا المرسوم بقانون أو بمقتضى أحكامه على الاتفاقات المعقودة قبل تاريخ العمل به أو قبل تاريخ العمل بالمرسوم المشار إليه في المادة ١٨٥/١٢٥ " ، أي المرسوم الذي يصدر مخفضاً الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية من ٨% إلى ٧% ثم يصبح بعد ذلك معدلاً له إلى ٨% . ثم خفض التقنين الجديد الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية إلى ٧% كما رأينا .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٢٧ — ٢٢٩ : (مطابقة لنص المواد ٢٢٦ — ٢٢٨ من التقنين المصري ، فيما عدا أن الحد الأقصى للسعر الاتفاقي في التقنين الســـوري هو ٩%) .

التقنين المدني العراقي م ١٧١ — ١٧٣ فقرة أولى : (مطابقة لنص المواد ٢٢٦ — ٢٢٨ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أن المادة ١٧١ عراقي تجعل معلومية المقدار وقت نشوء الالتزام . وأن المادة ١٧٢ فقرة أولى عراقي أضافت عبارة : " سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ") .

م ١٧٦ : في حساب الفوائد يكون التقويم الشمسي هو المعتمد . (وهذا يطابق الحكم في القانون المصري ، ويؤكده المادة ٥ في التقنين المدني العراقي : انظر في عدم ضرورتها للدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٧٢ ص ٦٧) .

التقنين المدني الليبي م ٢٢٩ — ٢٣١ : (مطابقة لنص المواد ٢٢٦ — ٢٢٨ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أن الحد الأقصى للسعر الاتفاقي في التقنين الليبـــي هو ١٠%)

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٦٥ فقرة أولى : إذا كان موضوع الموجب مبلغاً من النقود ، فإن عوض التأخير يكون بأداء فائدة المبلغ المستحق محسوبة على المعدل القانوني ، ما لم يكن ثمة نص مخالف في العقد أو في القانون . (ملاحظة : يجعل قانون المرابحة العثماني الصادر في ٩ رجب سنة ١٣٠٤ — ٢٢ مارس سنة ١٨٨٧ — وهو معمول به في لبنان ، سعر الفائدة القانونية في المسائل المدنية ٩% . ويجعل قانون التجارة اللبناني هذا السعر في المسائل التجارية ٩% أيضاً) . —

ويؤخذ من هذه النصوص أن هناك نوعين من الفوائد : (١) فوائد تأخيرية للتعويض عن التأخر في الوفاء بمبلغ من النقود . (٢) وفوائد تعويضية للتعويض عن الانتفاع برؤوس الأموال . ولكل من هذين النوعين من الفوائد شروط لاستحقاق خاصة به . ثم إن هناك شروطاً عامة تحدد المنطقة التي تستحق في دائرتها الفوائد ، سواء كانت تأخيرية أو تعويضية . فنبحث هذه الشروط ، ثم نستعرض شروط استحقاق الفوائد التأخيرية ، فشروط استحقاق الفوائد التعويضية .

§ ١ — الشروط التي تحدد منطقة استحقاق الفوائد

٥٠٣ — تحديد هذه المنطقة : يمكن تحديدها بأنها المنطقة التي تتسع لكل التزام بدفع مبلغ من النقود معلوم المقدار وقت الطلب . وهذا ما نص عليه التقنين المدني في صدر المادة ٢٢٦ كما رأينا .

فيجب إذن أن يكون هناك : (١) التزام بدفع مبلغ من النقود (٢) وهذا المبلغ معلوم المقدار وقت الطلب .

٥٠٤ — التزام بدفع مبلغ من النقود : أي التزام بدفع مبلغ من النقود يدخل في منطقة استحقاق الفوائد . فالعبرة إذن بمحل الالتزام ، وما دام هذا المحل هو دفع مبلغ من النقود فمن الجائز أن تكون هناك فوائد مستحقة .

ولا عبرة بمصدر الالتزام . فقد يكون هذا المصدر عقداً ، وهو الغالب . مثل ذلك التزام المقترض برد النقود التي اقترضها ، والتزام المشتري بدفع الثمن ، والتزام المستأجر بدفع الأجرة إذا كانت نقوداً ، والتزام الشريك بتقديم حصته في الشركة إذا كانت هذه الحصة مبلغاً من النقود [1] . وقد يكون مصدر الالتزام غير العقد ، كالالتزام برد غير المستحق إذا

— م ٧٦٧ : إذا اشترط الفريقان أداء فائدة ولم يعينا معدلها ، وجب على المقترض أن يدفع الفائدة القانونية . وفي المواد المدنية يجب أن يعين خطاً معدل الفائدة المتفق عليها حينما يكون زائداً على الفائدة القانونية . وإذا لم يعين خطاً فلا تجب الفائدة إلا على المعدل القانوني .

(ملاحظة — يظهر من نص المادة ٧٦٧ من التقنين اللبناني أن هذا التقنين لا يفترض حداً أقصى للسعر الاتفاقي . ويمكن النص في العقود التي يرد فيها على الفائدة الاتفاقية في لبنان الدكتور صبحي محمصاني في آثار الالتزام في القانون اللبناني ص ٢٩ — ص ٣٠ — وفي لبنان يكفي الإنذار الخطي لسريان الفوائد : الدكتور صبحي محمصاني في آثار الالتزام في القانون اللبناني ص ٣٤)

(1) المقصود يكون المبلغ محل الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب كشرط لسريان فوائد التأخير من تاريخ المطالبة القضائية وفقاً لنص المادة ٢٢٦ من القانون المدني هو ألا يكون المبلغ المطالب به تعويضاً خاضعاً في =

كان ما دفع دون حق نقوداً ، والالتزام بدفع النفقة إذا قدرت مبلغاً من النقود كما هي العادة .

٥٠٥ – معلوم المقدار عند الطلب : والالتزام بدفع مبلغ من النقود إما أن يكون معلوم المقدار وقت نشوئه ، وإما ألا يكون معلوم المقدار إلا وقت المطالبة به ، وقد كان المشروع التمهيدي للمادة ٢٢٦ يشترط أن يكون الالتزام معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام ، فكان هذا الشرط يخرج من منطقة استحقاق الفوائد الالتزام بالتعويض إذا كان ناشئاً عن عمل غير مشروع ، واقترح في لجنة مجلس الشيوخ حذف هذا الشرط، " ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن المقصود من اشتراط كون الالتزام معلوم المقدار منع سريان الفوائد على المبالغ التي يطالب الدائن بها على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع " . ولكن اللجنة مع ذلك عدلت الشرط ، فأصبح الواجب أن يكون الالتزام " معلوم المقدار وقت الطلب " [1] . وهذا التعديل يفقد الشرط أهميته . فكل التزام بدفع مبلغ من النقود يكون معلوم المقدار وقت أن يطالب به الدائن ولو كان غير خال من النزاع [1] . ذلك أن الدائن يقدر حتما عند المطالبة المبلغ الذي يطالب به ، سواء في ذلك الالتزام برد القرض أو الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، ويخضع تقديره في جميع الأحوال لحكم القاضي . لذلك لم يعد لاشتراط " معلومية المقدار عند الطلب " أهمية عملية ، مادام كل التزام بدفع مبلغ من النقود يعتبر مستوفياً لهذا الشرط ، ومادام الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، الذي أريد بوضع الشرط إخراجه ، هو أيضاً التزام " معلوم المقدار عند الطلب " .

ثم إنه لا ضير من إدخال الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع في منطقة استحقاق الفوائد [2] . لأن الذي يقع هو " أن القاضي يقدر مبلغاً من النقود تعويضاً عن

= تحديده لمطلق تقدير القضاء . أما حيث يكون التعويض مستنداً إلى أسس ثابتة باتفاق الطرفين بحيث لا يكون للقضاء سلطة رحبة في التقدير ، فإنه يكون معلوم المقدار وقت الطلب ولو نازع المدين في مقداره ، إذ ليس من شأن منازعة المدين إطلاق يد القضاء في التقدير بل تظل سلطته التقديرية محددة النطاق ومقصورة على حسم النزاع في حدود الأسس المتفق عليها

(جلسة ١٤/٦/١٩٧٦ الطعنان ١٨٨ ، ١٩٣ لسنة ٤٢ ق س ٢٧ ص ١٣٥٢) .

(جلسة ٥/٢/١٩٧٤ الطعن رقم ٢٠١ لسنة ٣٨ ق س ٢٥ ص ٢٨٥) .

(جلسة ٣٠/٤/١٩٧٠ الطعن رقم ٧١ لسنة ٣٦ ق س ٢١ ص ٧٦٧) .

(جلسة ٢٥/١١/١٩٦٩ الطعن رقم ١١٢ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ ص ١٣٢٢) .

(١) قارن دي باج ٣ فقرة ١٣٩ ، حيث يذهب إلى وجوب أن يكون محل الالتزام ابتداء (initialement) هو مبلغ من النقود ، وهذا صحيح . ولكنه يخرج بهذا القيد الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، باعتبار أن التعويض هنا – وهو مبلغ من النقود – ليس إلا تنفيذاً بمقابل (exécution par équivalent) لالتزام أصلي هو الالتزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، وليس تنفيذاً عينياً لهذا الالتزام . فالنقود إذن ليس محل الالتزام ابتداء (أنظر أيضاً دموج ٦ فقرة ٣٧١ ص ٤١٥) . وإذا كان صحيحاً أن النقود ، في التعويض عن عمل غير مشروع ، ليس إلا تنفيذاً بمقابل لالتزام أصلي ، إلا أن هناك التزاماً آخر نشأه القانون جزاء هذا الالتزام الأصلي ، هو الالتزام بالتعويض عن العمل غير المشروع . وهذا الالتزام ، إذ قدر التعويض بمبلغ من النقود كما هو الغالب ، يكون محله ابتداء هو النقود . فهناك إذن التزامان : (١) التزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير، ومحله ابتداء هو اتخاذ هذه الحيطة الواجبة ، فهو التزام بعمل ، والنقود بالنسبة إلى هذا الالتزام ليست إلا تعييناً بمقابل . (٢) التزام بالتعويض عن عمل غير مشروع أنشئ جزاء للالتزام الأول ، ومحل هذا الالتزام الثاني ابتداء هو دفع مبلغ من النقود . أما من وجهة نظر دي باج فيبدو أنه لا يوجد إلا التزام واحد ، هو الالتزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير . ومحل الأصلي لهذا الالتزام هو اتخاذ الحيطة ، فإذا ما أخل المدين بالتزامه تبدل المحل وأصبح تعويضاً أي مبلغاً من النقود ، فتغير محل الالتزام دون أن يتغير الالتزام ذاته . ونعود إلى الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع فيما يلي

(١) أنظر آنفاً – في تاريخ نص المادة ٢٢٦ – فقرة ٥٠٢ في الهامش . وأنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٩ – ص ٥٨٠ .

(1) أ – المقصود بكون المبلغ محل الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب كشرط لسريان فوائد التأخير من تاريخ المطالبة القضائية وفقاً لنص المادة ٢٢٦ من القانون المدني هو ألا يكون المبلغ المطالب به تعويضاً خاضعاً في تحديده لمطلق تقدير القضاء ، أما حيث يكون التعويض مستنداً إلى أسس ثابتة بحيث لا يكون للقضاء سلطة رحبة في التقدير . فإنه يكون معلوم المقدار وقت الطلب ولو نازع المدين في مقداره ، إذ ليس من شأن منازعة المدين إطلاق يد القضاء في التقدير بل تظل سلطته التقديرية محدودة النطاق ومقصورة على حسم النزاع في حدود الأسس المتفق عليها .

(جلسة ٢٤/٢/١٩٨٦ الطعن رقم ١١٦٢ لسنة ٤٩ ق) .

(جلسة ٨/١٢/١٩٨١ الطعن رقم ٤٣٦ لسنة ٤٨ ق س ٣٢ ص ٢٢٤٦) .

(جلسة ٧/٦/١٩٧٨ الطعن رقم ٥٢١ لسنة ٤٠ ق س ٢٩ ص ١٤١١)

(جلسة ٢٦/١/١٩٦١ الطعن رقم ٤١ لسنة ٢٥ ق س ١٢ ص ٧٢) .

ب – إذ اشترطت المادة ٢٢٦ من القانون المدني لاستحقاق الفوائد التأخيرية أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ، فإن المبالغ المحكوم بها وهي مرتب شهر والمكافأة سنوية ومقابل إجازة السنة الأخيرة ومكافأة نهاية الخدمة مما يدخل في هذا النطاق . إذ هي محدودة بمقتضى قانون عقد العمل وليس للقاضي سلطة تقديرية في تحديدها .

(جلسة ٢٠/٣/١٩٦٨ الطعن رقم ١١٥ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ٥٥٠) .

(جلسة ٨/١/١٩٦٤ الطعن رقم ٤٣٨ لسنة ٣٠ ق س ١٥ ص ٣٨) .

(جلسة ٢٣/٦/١٩٦٢ الطعن رقم ٥٣٦ لسنة ٢٦ ق س ١٣ ص ٨٣٧)

(2) أحكام محكمة النقض مستقرة بأن تاريخ الحكم النهائي بالتعويض عن العمل غير المشروع هو الوقت الذي يصبح فيه محل الالتزام معلوم المقدار والذي يبتدئ منه بالتالي استحقاق الفوائد .

فقد قضت أن مفاد نص المادة ٢٢٦ من القانون المدني والأعمال التحضيرية لهذه المادة عدم سريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية على المبالغ التي لا تكون معلومة المقدار وقت رفع الدعوى ، كالتعويض عن العمل غير المشروع ، والمقصود بكون محل الالتزام معلوم المقدار أن يكون تحديد مقداره قائماً على أسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة رحبة في التقدير ، وعدم جواز القضاء بالفوائد من تاريخ المطالبة الرسمية =

الضرر . ويدخل في تقديره النوعان من الضرر : الضرر الأصلي الناشئ عن خطأ المسئول ، والضرر الناشئ عن التأخير إلى يوم النطق بالحكم . فيجمع التعويضين في مبلغ واحد ... ويبقى بعد ذلك التعويض عن التأخير منذ صدور الحكم . ويحق للمضرور أن يطالب به بدعوى جديدة ، فيقضى له بالسعر القانوني للفوائد من وقت رفع الدعوى الجديدة وفقاً للقواعد العامة [1] . وقد يطلب المضرور في الدعوى الأصلية الحكم بفوائد مع مبلغ التعويض الأصلي . فيقضى له بالسعر القانوني للفوائد من وقت صدور الحكم في الدعوى الأصلية ، ومن ثم لا يحتاج إلى رفع دعوى جديدة بفوائد التأخير [2] " .

= بالنسبة للتعويض عن العمل غير المشروع يقتضي تطبيق الحكم ذاته على التعويض المستحق عن عدم تنفيذ الالتزام بمعناه الدقيق أياً كان مصدره . فمتى كان تقدير هذا التعويض خاضعاً لمطلق تقدير القاضي ، وإذ كان التعويض المستحق للطاعن عن نزع ملكية أرضه للمنفعة العامة هو مما يخضع لسلطة القاضي التقديرية البحتة . فإن تحديد الطاعن لما يطلبه في صحيفة دعواه لا يجعله معلوم المقدار وقت الطلب بالمعنى الذي قصده القانون ، وإنما يصدق عليه هذا الوصف بصدور الحكم النهائي في الدعوى باعتبار أنه التاريخ الذي يصبح فيه محل الالتزام معلوم المقدار .

(جلسة ١٨/٤/١٩٦٣ الطعن رقم ٥٨ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ص ٥٥٤) .

(جلسة ١٤/١٢/١٩٦٤ الطعن رقم ٢٤٥ لسنة ٣٠ ق س ٣٤١٥ ص ١٢٥٠) .

(جلسة ٣/١٢/١٩٧٦ الطعنان ٤٧٥ ، ٤٨٧ لسنة ٣٩ ق س ٢٧ ص ١٨٥٧) .

(جلسة ١٦/٤/١٩٧٩ الطعن رقم ٣٩ لسنة ٤٥ ق س ٣٠ ص ١١٨) .

(١) قارب الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٨٩ ، حيث يذهب ، في الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، إلى أنه " إذا صدر حكم القاضي بتحديد المبلغ الذي على المدين أداؤه ، فإن الدائن يستحق فوائد التأخير بمجرد صدور حكم القاضي دون حاجة إلى مطالبة قضائية جديدة أو إنذار ، تطبيقاً للمادة ٢٢٠ (ب) " .

(٢) الوسيط جزء الأول فقرة ٦٣٨ – أنظر أيضاً في استحقاق الفوائد التأخيرية عن مبلغ التعويض عن عمل غير مشروع منذ المطالبة القضائية : استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٤٦ – ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣١ – ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ . وفي جواز أن يضيف القاضي إلى التعويض الأصلي تعويضاً تكميلياً عن التأخير : استئناف مختلط ٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣٥ – ١٨ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٨٠ – ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣١ . ومع ذلك أنظر في أن التعويض عن حادث (عمل غير مشروع) تستحق عليه الفوائد من وقت وقوع هذا الحادث إذا رأى القاضي أن هذا ما يقتضيه التعويض الكامل عن الضرر : استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ ؛ وفي أن القاضي يقدر في بعض الحالات تعويضاً كافياً لتغطية الضرر من وقت وقوع الحادث إلى وقت الحكم: استئناف مختلط ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٦ – ٧ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩١ – ١٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٣٦ – ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٢ – ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٤٥ .

وجملة القول إنه لا حاجة لقيد " معلومية المقدار وقت الطلب " ، فهو إما قيد صوري ، وإما قيد غير ضروري . وتصبح منطقة استحقاق الفوائد تتسع لكل التزام بدفع مبلغ من النقود ، أياً كان مصدر هذا الالتزام [1] .

(١) وفي قضية عرضت على محكمة النقض ، قامت الحكومة بتقوية جسر النيل وأخذت أتربة لهذا الغرض من أرض المطعون عليها ، فرفعت هذه القضية على الحكومة وطالبتها بتعويض قدرته بمبلغ معين وطالبت المطالبة بفوائد عن هذا المبلغ بسعر ٥% . فحكم لها بذلك ، ابتدائيا واستئنافيا . فطعنت الحكومة بالنقض وقالت محكمة النقض في أسباب حكمها : " ومن حيث إن الطعن مبني على سبب واحد ، يتحصل في أن الحكم المطعون فيه إذ قضى بفوائد عن المبلغ المحكوم به قد خالف القانون ... وذلك أنه بمقتضى المادة ٢٢٦ مدني أن كل دين لا يكون معلوم المقدار عند الطلب لا يكون محلا للقضاء بالفوائد عنه على سبيل التعويض عن التأخير في الوفاء به ، ولا يكون كذلك إلا من تاريخ الحكم باعتبار أن الحكم وحده هو الذي يحدد الالتزام . وواضح من وقائع الدعوى أن الوزارة كانت تنازع المطعون عليها في أحقيتها لمبلغ المطالب به كما نازعتها في مقداره إن كان ثمة موجب للقضاء عليها بشيء ، ولم تكن الطاعنة تعلم إلى أن صدر الحكم النهائي مبلغ ما يتعين عليها دفعه ، والحكم هنا منشئ لا مقرر ، ومن ثم كان القضاء بالفوائد على خلاف ما يقضي به القانون ... ومن حيث إن سبب الطعن مردود بأن الحكم المطعون فيه إذ قضى بالفوائد القانونية عن المبلغ المحكوم به ابتداء من تاريخ المطالبة الرسمية عملا بالمادة ١٢٤ مدني (قديم) انطبقه على واقعة الدعوى أسس قضاءه على أن المبلغ المطالب به عبارة عن مبلغ من المال مستحق في ذمة المدعى عليها (الطاعنة) وإن اختلف في تقديره، إلا أن هذا الحكم قد حسم الخلاف بتقدير مبلغ معين تكون ذمة المدعى عليها مشغولة به منذ مطالبتها رسميا ، لأن الأحكام مقررة للحقوق وليست منشئة لها . وهذا الذي قرره الحكم لا خطأ فيه . ولا محل للتحدي بنص المادة ٢٢٦ مدني جديد لأنه تشريع مستحدث ليس أثر رجعي فلا يسري على واقعة الدعوى ، ومن ثم يتعين رفض الطعن " (نقض مدني ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦ ص ٧٢) . وقد كان يكفي لمحكمة النقض – في رأينا – أن تقف بأسباب حكمها عند القول بأن الحكم المطعون فيه لم يخطئ ، إذ هو لم يخطئ فعلا لا على مقتضى التقنين القديم ولا على مقتضى التقنين الجديد . ومادامت المدعية قد حددت التعويض الذي تطالب به مبلغا معينا من النقود ، فقد صار الالتزام الذي تطالب به التزاما بدفع مبلغ من النقود " معلوم المقدار عند الطلب " ، على مقتضى التقنين الجديد ، وكان من حقها أن تطالب بفوائد تأخيرية عن هذا المبلغ تسري من وقت المطالبة القضائية بها . وهذا ما فعلته ، فقضي لها به ابتدائيا واستئنافيا .

على أن محكمة النقض أخذت بالرأي الذي يذهب إليه ، في الالتزام بدفع مبلغ من النقود إذا كان مصدره ليس هو العمل غير المشروع ، بل أخذ غير المستحق . فقضت بأن الاحتجاج بأن المبالغ المحكوم على مصلحة الضرائب بردها لا تعتبر معلومة المقدار إلا من تاريخ الحكم النهائي بردها ، فيكون حكمها حكم التعويض المقضي به عن عمل غير مشروع (الذي لا يجوز الحكم بفوائد عنه من تاريخ المطالبة الرسمية عملا بالمادة ٢٢٦ مدني) – هذا الاحتجاج مردود بأنه قياس مع الفارق . ذلك بأن سلطة محكمة الموضوع في تقدير التعويض تخولها أن تدخل في حسابها جميع عناصر الضرر ومنها طول أمد التقاضي ، مما يغني المدعي عن طلب فوائد التأخير عن دفع مبلغ التعويض ... ولكن هذا الاعتبار لا ينطبق على طلب الفوائد ، رد ما أخذ منه بغير حق ، ذلك أن المطعون عليه قد حدد في عريضة دعواه منذ البداية المبلغ الذي طالب مصلحة الضرائب برده على أساس أنها أخذته منه بغير حق ، وليس من شأن المنازعة في استحقاق هذا المبلغ كله =

والفوائد التي تستحق عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود هي ، كما قدمنا ، إما فوائد تأخيرية ، وإما فوائد تعويضية. فننتقل الآن إلى بيان شروط الاستحقاق في كل نوع من هذين .

§ ٢ – شروط استحقاق الفوائد التأخيرية

٥٠٦ – شروط المسئولية عن التأخير في دفع مبلغ من النقود – كيف حورت : حتى تتحقق مسئولية المدين بوجه عام ، وفقاً للقواعد العامة ، يجب أن يكون هناك خطأ في جانب المدين وضرر يلحق الدائن وعلاقة سببية تقوم بين الخطأ والضرر . يضاف إلى هذه الشروط الثلاثة ، ووفقاً للقواعد العامة أيضاً ، إعذار المدين . ونستعرض هذه الشروط الأربعة بالنسبة إلى مسئولية المدين عن التأخر في الوفاء بمبلغ من النقود ، وسنراها تتحور عما كانت عليه في الأصل .

أما خطأ المدين في التأخر عن الوفاء بالمبلغ فهو عبارة عن التأخر في ذاته . ذلك أن التزام الوفاء بمبلغ من النقود في ميعاد معين هو التزام بتحقيق غاية ، لأنه التزام بنقل ملكية (obligation de donner) . فمجرد التأخر في الوفاء بالمبلغ عن الميعاد المعين هو الخطأ ، والخطأ هنا لا شيء غير ذلك . ومن ثم نستبدل بشرط الخطأ شرط التأخر في الوفاء [1] .

أما عن الضرر وعلاقة السببية ، فقد رأينا أن المادة ٢٢٨ مدني تنص على أنه " لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير " . فالقانون يفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن مجرد تأخر المدين عن الوفاء بالمبلغ من النقود الذي في ذمته يحدث ضرراً للدائن . فلا الدائن في حاجة إلى إثبات هذا الضرر ، ولا المدين يستطيع أن ينفي وقوعه . ويفرض القانون كذلك ، فرضاً غير قابل

= أو بعضه ما يصح معه القول بأنه غير معلوم المقدار وقت الطلب (نقض مدني ٢٥ يونية سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٢ ص ١٢٠١ – ٢٥ يونية سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٧ ص ١٢٣٦ – ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٨ ص ٦٠٣) . ونلاحظ أن محكمة النقض تستطيع أن تتحدث عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود الناشئ عن عمل غير مشروع ، من حيث معلومية المقدار وقت الطلب ، على النحو الذي تحدثت به عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود الناشئ عن أخذ غير المستحق . ففي كليهما يحدد المدعى في عريضة دعواه منذ البداية المبلغ الذي يطالب به المدعى عليه ، " وليس من شأن المنازعة في استحقاق هذا المبلغ كله أو بعضه ما يصح معه القول بأنه غير معلوم المقدار وقت الطلب " .

(١) قارن كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٦٨ حيث يبدو أن الخطأ يختلط بعلاقة السببية ، وحيث لا يتبين أن الالتزام بدفع مبلغ من النقود هو التزام بتحقيق غاية مجرد التأخر في تنفيذه يكون خطأ .

لإثبات العكس ، أن هذا الضرر هو النتيجة المباشرة لخطأ المدين وهو تأخره في الوفاء . فعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر هي أيضاً – كالضرر – مفروضة فرضاً غير قابل لإثبات العكس [1] . والسبب في افتراض الضرر وعلاقة السببية معقول . فالدائن الذي لم يستوف المبلغ من النقود الذي له في ذمة مدينه في الميعاد الواجب يكون حتماً في أحد موقفين . فإما أن يكون في حاجة إلى هذه النقود ، فهو إذن مضطر أن يقترضها متربصاً في سداد القرض وفاء مدينه بالتزامه ، وعندئذ يكون قد أصابته خسارة من جراء تأخر المدين هي الفوائد التي يدفعها عادة لاقتراض المبلغ ، ومن ثم كان له أن يسترد هذه الفوائد من المدين على سبيل التعويض ، وإما أن يكون في حاجة إلى النقود ، ولكن النقود يمكن عادة استغلالها ، فلو أن المدين وفى بالتزامه في الميعاد لكان في مكنه الدائن أن يستغل نقوده ، وعندئذ يكون قد فاته ربح من جراء تأخر المدين ، فقد كان يربح الفوائد التي يتقاضاها عادة في استغلال المبلغ ، ومن ثم كان له هنا أيضاً أن يسترد هذه الفوائد من المدين على سبيل التعويض . ويتبين من ذلك أنه لا حاجة إلى استبقاء هذين الشرطين – الضرر وعلاقة السببية – ضمن شروط مسئولية المدين عن التأخر في الوفاء بالمبلغ من النقود ، مادام القانون يفترض تحققهما افتراضا لا يقبل فيه إثبات العكس .

أما إعذار المدين ، وهو الشرط الرابع ، فيتحور هنا أيضاً ، بل يتشدد القانون فيه فيستبدل به ، كقاعدة عامة ، المطالبة القضائية .

ونرى من ذلك أن الشروط الأربعة قد تحورت فيما يتعلق بالمسئولية عن التأخر في دفع مبلغ من النقود ، وأصبحت تنحصر في شرطين اثنين لا بد من توافرهما لاستحقاق الفوائد التأخيرية : (١) تأخر المدين في الوفاء بالتزامه (٢) مطالبة الدائن بهذه الفوائد مطالبة قضائية . ونستعرض الآن كلا من هذين الشرطين .

٥٠٧ – تأخر المدين في الوفاء بالتزامه : يكفي أن يتأخر المدين في الوفاء بالتزامه بدفع مبلغ من النقود عن ميعاد الاستحقاق ، حتى تستحق الفوائد التأخيرية بالسعر الذي يقرره القانون . وهذا السعر قد يكون متفقاً عليه من قبل ما بين الدائن والمدين ، وله حد أقصى بينه القانون ويأتي ذكره . ويغلب أن يقع هذا الاتفاق عندما يكون مصدر الالتزام هو العقد ، فيكون الاتفاق على سعر الفوائد التأخيرية ضمن شروط هذا العقد .

(١) وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في عهد التقنين المدني السابق دون أن يشتمل هذا التقنين على نص صريح في هذا المعنى (الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٢ ص ٤٥٠ – استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٨٨٠ بوريلي م ١٨٢ فقرة ٩ – ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٠٠) . وهذا هو أيضاً حكم التقنين المدني الفرنسي (م ١١٥٣ فقرة ٢ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٢٨٧٧) .

ويسمى سعر الفائدة في هذه الحالة بالسعر الاتفاقي (taux conventionnel d'intérêts) . ولا مانع من أن يتم الاتفاق على سعر الفوائد الاتفاقية في غير العقد الذي أنشأ الالتزام بدفع المبلغ من النقود ، بل في خصوص التزام بدفع مبلغ من النقود لا يكون مصدر العقد . فإذا لم يكن هناك سعر للفوائد التأخيرية متفق عليه ما بين الدائن والمدين ، فإن السعر الذي يسرى في هذه الحالة هو السعر القانوني (taux légal d'intérêts) ، وهو سعر حدده القانون برقم ثابت سيأتي ذكره . ومن ذلك نرى أن فوائد التأخر في الوفاء بمبلغ من النقود إما أن تكون فوائد اتفاقية أو فوائد قانونية ، وهي في الحالتين فوائد تأخيرية (intérêts moratoires) .

وهذه الفوائد التأخيرية إنما هي " على سبيل التعويض عن التأخر " كما تقول المادة ٢٢٦ ، فهي تعوض الضرر الذي يفرض القانون وقوعه كنتيجة مباشرة لتأخر المدين عن الوفاء بالتزامه . أما إذا أثبت الدائن أن هناك ضرراً لحق به بسبب خطأ آخر للمدين مستقل عن تأخره ، كان للدائن حق المطالبة بتعويض تكميلي بالشروط التي سنبينها فيما بعد (م ٢٣١ مدني) .

وقد يلحق الدائن ضرر ، كنتيجة مباشرة لتأخر المدين عن الوفاء بدفع مبلغ من النقد الأجنبي نزل سعره ما بين يوم الاستحقاق ويوم الدفع الفعلي . ويقضي المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ بأن " تبطل شروط الدفع ذهباً في العقود التي يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية والتي تكون قد قومت بالجنيهات المصرية أو الإسترلينية أو بنقد أجنبي آخر كان متداولا قانونا في مصر (الفرنك والجنيه التركي) ، ولا يترتب عليها أي أثر " . وكان محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأنه مادام شرط الذهب المتفق عليه في عقد قرض باطلا ، فإنه لا يجوز للدائن أن يطالب على أساس المسئولية التقصيرية وبدعوى الغش بمبلغ يساوى ما خسره من جراء نزول الجنية المصري، فإن ذلك يكون تحايلا منه للحصول بطريق غير مباشر على ما لم يستطع الحصول عليه بطريق مباشر بمقتضى شرط الذهب [1] . ولكنها قضت في أحكام أخرى بأنه إذا اشترط أن يكون الدفع بعملة أجنبية صح الشرط ، ووجب الدفع بهذه العملة [2] . فإذا صح شرط الدفع بعملة أجنبية ، وتأخر المدين عن الوفاء بالتزامه مدة من الزمن نزلت في خلالها قيمة هذه العملة الأجنبية ، فإن الضرر الذي أصاب الدائن من هذا النزول لا يعتبر ضرراً راجعاً إلى سبب مستقل عن التأخر في الوفاء ، ومن ثم يدخل تعويضه ضمن الفوائد التأخيرية بالسعر القانوني أو بالسعر الاتفاقي ، ولا يستطيع الدائن أن يطالب

(١) ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٠٣ .
(٢) ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٤٢ – ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣ – أنظر في هذه المسألة الوسيط الجزء الأول فقرة ٢٢٦ ص ٣٩٦ وهامش رقم ١ .

عنه بتعويض تكميلي إلا إذا أثبت أنه ضرر تسبب فيه المدين بسوء نية [1] ، وذلك وفقاً لحكم المادة ٢٣١ مدني التي سيأتي ذكرها [1] .

على أن القانون قد ينص في حالات خاصة على دفع تعويض تكميلي بالإضافة إلى الفوائد التأخيرية . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٥١٠ مدني من أنه " إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبلغاً من النقود ، ولم يقدم هذا المبلغ ، لزمته فوائده من وقت استحقاقه من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلي عند الاقتضاء [2] " .

(1) تأخير المدين في الوفاء بالدين لا يستوجب أكثر من إلزامه بالفائدة القانونية ما لم يثبت أن هذا التأخير كان بسوء نية المدين وترتب عليه إلحاق ضرر استثنائي بالدائن وذلك وفقاً للمادة ٢٣١ من القانون المدني التي جاءت تطبيقاً للقواعد العامة وتقنينا لما جرى عليه القضاء في ظل القانون الملغي ، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه ألزم الطاعنة بالدين على أساس سعر الدولار يوم الاستحقاق وبالفرق بين السعرين وصدور الحكم الابتدائي علاوة على فوائد التأخير بمثابة تعويض عن التأخير في الوفاء دون أن يستظهر سوء نية الطاعن فإنه يكون مشوباً بالقصور .
(جلسة ١٩٦١/٦/٢٢ الطعن رقم ١٠٥ لسنة ٢٦ ق س ١٢ ص ٥٦١) .

(١) وذلك إلا إذا قيل أن الدائن يستوفي حقه بقيمة العملة الأجنبية وقت حلول الدين لا وقت الوفاء الفعلي – أنظر في هذه المسألة في القانون الفرنسي بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨٠ ، وفي القانون البلجيكي دي باج ٣ فقرة ١٤١ مكررة .

(٢) أنظر في هذا المعنى المادة ٥١٨/٤٢٦ – ٥١٩ من التقنين المدني السابق والمادة ١٨٤٦ من التقنين المدني الفرنسي . وأنظر استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٩٠ – ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٥ . وأنظر أيضاً المادة ١٨٠ من التقنين التجاري (المواد ١٦٣ – ١٦٥ تجاري فرنسي) في كمبيالة الرجوع ، وهي كمبيالة جديدة يسحبها حامل الكمبيالة الأصلية على ساحبها أو أحد المحيلين ليحصل بها على قيمة تلك الكمبيالة الأصلية المعمول عنها البروتستو والفوائد وذلك المصاريف . وأنظر في التعويضات عن فسخ البيع بسبب استحقاق المبيع وعدم التقيد بالفوائد القانونية في هذه الحالة نقض مدني ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٥٤ . وقد قضت المادة ٢٠٢٨ من التقنين المدني الفرنسي برجوع الكفيل على المدين بفوائد ما دفعه للدائن وبتعويض فوق ذلك (بودري وبارد ١ فقرة ٤٩٩ – فقرة ٥٠٢ – بلانيول وريبير ورحوان ٧ فقرة ٨٨١ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٨٩) ، أما المادة ٨٠٠ فقرة ٣ من التقنين المدني المصري فتقضى بأن يكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع (أنظر في التقنين المدني السابق والتون ٢ ص ٢٥٥ – ص ٢٥٦) .
هذا ويلاحظ أن القضاء الفرنسي لا يحكم بفوائد تأخيرية على خزانة الدولة ولا لها . فلو تأخر ممول في الوفاء بالضريبة دفعها دون أن يدفع فوائد تأخيرية ، وكذلك لو دفع مبلغاً أكبر من الضريبة المستحقة استرد ما دفعه زائداً دون فوائد تأخيرية . والسبب في ذلك أن الدولة في حساباتها وميزانيتها تخضع لنظم غير النظم التي تخضع لها الأفراد (أنظر في هذه المسألة بودري وبارد ١ فقرة ٥٠٩ – فقرة ٥١٠ – ديموج ٦ فقرة ٣٧٣) .

٥٠٨ – مطالبة الدائن بالفوائد التأخيرية مطالبة قضائية : والشرط الثاني لاستحقاق الفوائد التأخيرية هو أن يطالب الدائن المدين بهذه الفوائد مطالبة قضائية [١] (demande, citation en justice) . فلا يكفي مجرد إعذار المدين كما كان ذلك يكفي في التعويض عن التأخير في غير الفوائد التأخيرية [٢] [I] . وهذا ما يقضي به صريح نص المادة ٢٢٦ إذ تقول : " وتسرى هذه الفوائد (الفوائد التأخيرية) من تاريخ المطالبة القضائية

= أما في مصر فقد صدر القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ ، وهو يقضي بعدم جواز مطالبة مصلحة الضرائب بالفوائد عن المبالغ التي يحكم عليها بردها للممولين . وقد أخذت محكمة النقض بعكس هذا الحكم فيما يتعلق بالفوائد المستحقة عن المدة السابقة على تاريخ العمل بهذا القانون ، إذ قضت بأنه ما لم يوجد نص صريح يعفي مصلحة الضرائب من الفوائد القانونية المطلوبة منها عن المبالغ المحكوم عليها بردها لتحصيلها من الممولين بغير حق ، لا يجوز رفض طلب هذه الفوائد بحجة أن المصلحة المذكورة في تحصيلها الضرائب من الممولين إنما تباشر سلطة عامة مقررة لها بمقتضى القانون ، وتطبق نصوصاً من مقتضاها أن يكون تحصيل الضرائب بموجب أوراد واجبة التنفيذ ، وأنه لا يترتب على رفع الدعوى بها من المصلحة أو من الممول إيقاف استحقاقها إلا إذا صدر فيها حكم من المحكمة ، ومن ثم لا تسرى عليها أحكام القانون المدني ، بل تنطبق عليها أحكام القانون العام وهي لا تجيز مطالبة مصلحة الضرائب بالفوائد القانونية – ذلك بأن هذه الحجة مردودة بأن النصوص المشار إليها لا تعفي مصلحة الضرائب من الحكم عليها بالفوائد القانونية من تاريخ المطالبة عن كل مبلغ يقضى عليها برده للممول تعويضاً له عن حرمانه من الانتفاع بما أخذ منه بغير حق من تاريخ رفع دعواه حتى يوفى له حقه كاملاً. ولا عبرة في هذا الخصوص بحسن نية المصلحة عند جباية الضريبة متى كان قد ثبت للمحكمة أنها حصلت من الممول أكثر من استحقاقها ، وبذلك أصبح مركزها في هذا الشأن لا يختلف عن أي مدين ... أما التحدي بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ المعدل للمادة ١٠١ التي تنص بعد تعديلها على عدم جواز مطالبة المصلحة بفوائد عن المبالغ التي يحكم عليها بردها للممولين فمردود بأنه تشريع مستحدث ليس له أثر رجعي ، فلا يسرى على الفوائد القانونية المستحقة عن مدة سابقة على تاريخ العمل به ، بل يسرى فقط على الفوائد المطلوبة عن مدة تالية لنفاذه ، ومن ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ إلى تاريخ العمل بهذا التشريع تكون الفوائد القانونية المستحقة على مصلحة الضرائب هي ٤% لا ٥% (نقض مدني ٢٥ يونية سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٢ ص ١٢٠١ – ٢٥ يونية سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٧ ص ١٢٣٦ – ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٨ ص ٦٠٣ – ٢٠ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٦٧ ص ٥٣٢) .

(١) استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٣ – ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٨ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١١٠ – ١١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٥ .

(I) إنه وإن كان الأصل طبقاً للمادة ٢٢٦ من القانون المدني هو سريان الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة القضائية بها ما لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها أو نص القانون على غير ذلك ، وكان من المقرر أن التنبيه بالوفاء السابق على طلب أمر الأداء لا يعد من قبيل المطالبة القضائية ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون باحتسابه الفوائد من تاريخ ذلك التنبيه .
(جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٠ الطعن رقم ٦٧٦ لسنة ٤٨ ق س ٣٣ ص ١٢١٠) .

بها ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها . وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره [١] " .

ولا يكفي أن يطالب الدائن المدين بالدين وحده مطالبة قضائية حتى تسرى الفوائ التأخيرية من وقت هذه المطالبة . فالنص صريح في وجوب المطالبة بالفوائد التأخيرية ذاته بالإضافة إلى الدين ذاته . وقد كانت هذه المسألة مختلفاً فيها في عهد التقنين المدني السابق

---

(١) وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في عهد التقنين المدني السابق بنص صريح (م ١٨٢/١٢٤ – ١٨٤) : استئناف أهلي ١١ مارس سنة ١٨٩٧ القضاء ٤ ص ٣٢٩ – ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ١٦٧ – وقارن : ١١ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤٤ ص ٧٤٣ – استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٥ . وتعتبر مطالبة قضائية الطلبات الإضافية ودعاوى المدعى عليه والتدخل في الدعوى وإدخال خصم ثالث فيها (استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٨٣) . وإذا كانت صحيفة الدعوى باطلة ، فإن الفوائد التأخيرية لا تسرى (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٣٤ – المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤) . كذلك إذا سقطت الخصومة أو تركت (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٠ – وتبقى الفوائد سارية مادامت صحيفة الدعوى قائمة : استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٣) . وإذا رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة فالغالب عند القضاء المصري أن الفوائد لا تسرى (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١١ ص ١٢ – ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٨ – ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٧ – ١٠ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٨٣ – أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٥٢) ، ولكن قضي مع ذلك بأن رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة ، كما يقطع التقادم ، يجعل الفوائد تسرى (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٣٤) . والقضاء الفرنسي كان مستقراً على عدم سريان الفوائد عند رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة وذلك عندما كان التقنين المدني الفرنسي (م ١١٥٣) يشترط كالتقنين المصري المطالبة القضائية لسريان الفوائد ، ولكن بعد أن عدل التقنين الفرنسي في هذه المسألة بقانون ٧ أبريل سنة ١٩٠٠ فأصبح الإعذار كافياً لسريان الفوائد ، أصبح طبيعياً أن يذهب القضاء الفرنسي إلى أن صحيفة الدعوى المرفوعة إلى محكمة غير مختصة تعدل الإعذار وتجعل الفوائد تسرى (بودري وبارد ١ فقرة ٥١١ – فقرة ٥١٥ – ديموج ٦ فقرة ٣٨٣ – فقرة ٣٩٤ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨٣ – فقرة ٨٨٦) .

ولا يكفي لسريان الفوائد التأخيرية التنبيه (commandement) : استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٣٨ – ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧٤ – ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٧ – ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٧٦ ، ولا حجز ما للمدين لدى الغير إذا لم يعقبه طلب صحة الحجز (استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٦٥) ، ولا طلب تقدير الأتعاب ، أو إعلان أمر التقدير مع التنبيه بدفع الأصل مع الفوائد (استئناف مختلط ٦ يونية سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٤٢ – ١٦ يونية سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٧٢ – إسكندرية الكلية المختلطة ٢٢ مايو سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ١٦١ ص ٤١١) . ولكن تستحق الفوائد منذ طلب الدخول في التوزيع أو في التفليسة (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٢٥ – ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٨٥ – ١٤ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٦٥) .

عدم ورود نص صريح في ذلك [1] ، وقد ورد هذا النص في التقنين المدني الجديد فحسم الخلاف في ذلك [2] .

وقد تشدد القانون في تحديد مبدأ سريان الفوائد التأخيرية ، فجعلها من وقت المطالبة القضائية لا من وقت الإعذار ، واشترط أن تتضمنها هذه المطالبة [1] ، وذلك تنكراً منه للربا كما سبق القول .

على أن هذا الحكم ليس من النظام العام . فيجوز للطرفين أن يتفقا على خلافه ، وعلى أن تسرى الفوائد التأخيرية من وقت الإعذار مثلا ، أو حتى من حلول أجل الدين دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إلى إعذار [3] . وهذا هو ما يقع عادة عندما يتفق الطرفان على سعر اتفاقي لفوائد التأخيرية ، فإن الدائن يشترط على المدين أن تسرى هذه الفوائد بالسعر الاتفاقي من وقت حلول الدين دون حاجة إلى أي إجراء . ولذلك يكاد يكون شرط المطالبة القضائية بالفوائد التأخيرية مقصوراً على الفوائد التأخيرية بالسعر القانوني ، حيث لا يوجد اتفاق ما بين الدائن والمدين على سعر هذه الفوائد ، فيجب لسريانها في الأصل أن يطالب بها الدائن مطالبة قضائية .

(١) فمن الأحكام م كان يكتفي بالمطالبة القضائية برأس المال فتسرى الفوائد التأخيرية من وقت هذه المطالبة ولو لم تتضمن ذكر هذه الفوائد (استئناف مصر ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٨٧٨ – أول يونية سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ٥٢٩ ص ١٤١٢ – إسنا ٢١ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٥٨٧ – طنطا الكلية ١٣ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٨ رقم ١٢٧ ص ٢٤١ – محكمة مصر المختلطة ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جورنال دي تريبينو ٩ رقم ١١١٤ – قارن استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٣ – ١٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٠٥) . ومنها ما كان يذهب إلى وجوب المطالبة القضائية بالفوائد التأخيرية ذاتها ولا تكفى المطالبة برأس المال (استئناف أهلي ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٣٠٤ – استئناف أسيوط ٩ يونية سنة ١٩٤٩ المجموعة الرسمية ٥٠ ص ٢١١ – بني سويف ٣ فبراير سنة ١٩٢١ المحاماة ١ ص ٤٨٢ – جرجا ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ٩٠٦ – استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٩ – ١٤ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٢٢ – ١١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١٨) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤ .

(1) لا يجوز للبائع أن يجمع بين ثمرات المبيع وفوائد الثمن .
(جلسة ١٩٦٦/٦/٣٠ لسنة ١٧ ص ١٤٩٠) .

(٣) استئناف أهلي ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٧ ص ١٢ – استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٥٧ – ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٤ رقم ٧٨ ص ١٩٧ – وقارن استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٠٠٣

كذلك قد يحدد العرف التجاري ميعاداً آخر غير وقت المطالبة القضائية لسريان الفوائد التأخيرية . مثل ذلك الحساب الجاري ، فسنرى أن الفوائد تسرى فيه من وقت الخصم أو الإضافة ، دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار [1] .

وقد ينص القانون في حالات خاصة على أن الفوائد التأخيرية تسرى من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية ، فتسرى مثلا من وقت إعذار المدين ، أو من وقت حلول أجل الدين ، أو من وقت القيام بعمل معين . من ذلك ما قضت به الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ مدني من أنه " لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشترى ، أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره " [1] . فهنا تسرى الفوائد التأخيرية من وقت إعذار المشترى أو من وقت تسليم المبيع إذا كان ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى [2] . ومن ذلك ما قضت به المادة ٥١٠ مدني من أنه " إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبلغاً من النقود و لم يقدم هذا المبلغ ، لزمته فوائده من وقت استحقاقه ، من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلي عند الاقتضاء " . فهنا أيضاً تسرى الفوائد التأخيرية من وقت استحقاق الدين . ومن ذلك ما قضت به المادة ٥٢٢ مدني من أنه " ١ – إذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغاً من مال الشركة ، لزمته فوائد هذا المبلغ من يوم احتجازه ، بغير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق للشركة من تعويض تكميلي عند الاقتضاء . ٢ – وإذا أمد الشريك الشركة من ماله ، أو

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤ .

(1) من شروط استحقاق فوائد التأخير القانونية المطالبة القضائية بها ، وهذه الفوائد على ما تقضى به المادة ٢٢٦ من القانون المدني لا تسرى إلا من تاريخ هذه المطالبة ما لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها ولا يغنى عن المطالبة القضائية بهذه الفوائد رفع الدائن الدعوى بطلب أصل الدين إذا لم تتضمن صحيفة الدعوى طلب الفوائد لأنها لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية بها بالذات .
(جلسة ١٩٨٣/٦/١٦ الطعن رقم ١٨٦٣ لسنة ٥٢ ق) .
(جلسة ١٩٦٨/٦/٦ الطعن رقم ٣٩٢ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ١١٢٠) .
(جلسة ١٩٦٦/٢/٢٣ الطعن رقم ٢٢ لسنة ٣٢ ق س ١٧ ص ٣٩٣) .
(جلسة ١٩٦٤/١٢/٣١ س ١٥ ص ١٢٣٧) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المادة ٣٣٠ مدني (٤٥٨ جديد) تجعل للبائع الذي سلم العين و لم يتسلم الثمن الحق في الفوائد إذا كانت العين المبيعة تنتج ثمرات ، والحكمة في ذلك هو اجتماع المثلين في يد أحد المتعاقدين ، وهذه الحكمة نفسها متوافرة في حالة ما إذا كان المشترى دفع الثمن و لم يتسلم العين فيكون له الحق في الفوائد ، وذلك بطريق التفسير العكسي للمادة (١٠ يونية سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٣٥٢ ص ٦٧٩) .

أنفق في مصلحتها شيئاً من المصروفات النافعة عن حسن نية وتبصر ، وجبت له على الشركة فوائد هذه المبالغ من يوم دفعها " . فهنا تسرى الفوائد التأخيرية لمصلحة الشركة من يوم أخذ الشريك مال الشركة أو احتجازه ، ولمصلحة الشريك من يوم مده الشركة بالمال أو إنفاق المصروفات النافعة . ومن ذلك ما قضت به المادة ٧٠٦ مدني من أنه " ١ — ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه . ٢ — وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضاً فوائد ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر " . فهنا تسرى الفوائد التأخيرية في إحدى حالتين من الوقت الذي استخدم فيه الوكيل مال الموكل لصالحه ، وفي حالة أخرى من وقت الإعذار . ومن ذلك ما قضت به المادة ٧١٠ من أنه " على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الاتفاق ... " . فهنا تسرى الفوائد التأخيرية من وقت أنفاق الوكيل ماله في تنفيذ الوكالة . وكالوكالة الفضالة ، فيكــون " رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التي التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها " (م ١٩٥ مدني) . ومن ذلك أخيراً ما قضت به الفقرة الثالثة من المادة ٨٠٠ من أنه يكون " للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه من يوم الدفع " [(١)] .

§ ٣ — شروط استحقاق الفوائد التعويضية

٥٠٩ — منطقة الفوائد التعويضية : تختلف الفوائد التعويضية عن الفوائد التأخيرية ، كما قدمنا ، في أن الأولى يلتزم بها المدين في مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود يكون في ذمته للدائن ، أما الفوائد التأخيرية فهي ليست إلا تعويضاً عن التأخر في الوفاء بدين هو مبلغ من النقود كما مر القول .

وأكثر ما تكون الفوائد التعويضية في التزام بدفع مبلغ من النقود يكون مصدره العقد. والمثل المألوف في ذلك هو عقد القرض . فالمقترض ينتفع بمبلغ القرض عادة في مقابل فائدة يدفعها لمقرض . وقد تجب الفوائد التعويضية في عقد البيع ، بأن يتفق المشترى مع

(١) وهذه النصوص سبق أن أوردنا كثيراً منها عند الكلام في الإعذار أمثلة على حالات لا يقتضي فيها القانون الإعذار لاستحقاق التعويض عن التأخير ، وليست الفوائد التأخيرية إلا صورة من صور التعويض عن التأخير (أنظر آنفاً فقرة ٤٦٦ وفي الهامش) . وأنظر في نصوص التقنين المدني السابق التي كانت تقضى بسريان الفوائد التأخيرية من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية (الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٢ ص ٤٥١ — ص ٤٥٢) .

البائع على تأجيل الثمن إلى ميعاد معين في مقابل أن يدفع المشترى فوائد عن هذا الثمن ، فتكون الفوائد هنا في تأجيل الثمن وليست فوائد تأخيرية . فإذا حل ميعاد دفع الثمن وتأخر المشترى في الوفاء ، بقيت الفوائد سارية طوال مدة التأخير ، ولكنها تنقلب في هذه الحالة إلى فوائد تأخيرية ، وإن كانت بنفس السعر الاتفاقي . وقد تجب الفوائد التعويضية في وديعة المصرف ، فمن أودع مصرفا مبلغا من النقود واشترط أن يتقاضى على الوديعة فوائد ، فهذه الفوائد تكون فوائد تعويضية . والفوائد التي يتقاضاها حامل السند هي أيضاً فوائد تعويضية عن مبلغ من النقود أقرضه صاحب الدخل للمدين به ، ومن ثم قضت الفقرة الثانية من المادة ٥٤٥ بأنه إذا " كان ترتيب الدخل بعقد من عقود المعاوضة ، اتبع في شأنه من حيث سعر الفائدة القواعد التي تسرى على القرض ذي الفائدة " .

والذي يميز الفوائد التعويضية أنها تكون فوائد عن مبلغ من النقود لم يحل ميعاد استحقاقه ، فهو دين في ذمة المدين طوال الأجل ، ويدفع المدين في مقابل هذا الأجل — أي مقابل بقاء هذا المبلغ في ذمته والانتفاع به — الفوائد التعويضية التي يتفق عليها مع الدائن . أما إذا حل أجل استحقاق الدين ، ولم يوفه المدين ، فإن الفوائد التي تظل تسرى بعد حلول الأجل إلى أن يتم الوفاء ، تنقلب إلى فوائد تأخيرية ، لأنها تعتبر عندئذ بمثابة تعويض عن تأخر المدين في الوفاء بالتزامه [(١)] . ومن ثم يندر أن توجد حالة تستحق فيها فوائد تعويضية عن مبلغ من النقود لا يكون مصدره العقد ، فإن الدين الذي يكون مصدره غير العقد ينشئه القانون منجزاً من وقت أن ينشأ ، فما عسى أن يستحق عليه من الفوائد بعد حلوله إنما تكون فوائد تأخيرية . والعقد — أو التصرف القانوني بوجه عام — هو الذي ينشئ الدين إلى أجل ، ويرتب عليه فوائد تعويضية طوال مدة هذا الأجل [(٢)] .

(١) وقد اختلف الفقهاء في فرنسا في هذه المسألة . فمنهم من يرى أن الفوائد الاتفاقية تبقى سارية بعد حلول أجل الدين إلى يوم الوفاء ، وهذا هو الرأي الذي نأخذ به (لوران ٢٦ فقرة ٥١٦ — بودري وبارد ١ فقرة ٥٠٦) ، ومنهم من يرى أن الفوائد الاتفاقية ينتهي سريانها بحلول أجل الدين ، ولا تستحق الفوائد التأخيرية إلا من يوم الإعذار (المطالبة القضائية في مصر) (بلانيول وريبير ١١ فقرة ١١٦٣ — فقرة ١١٦٤ — دي باج ٣ فقرة ١٤٣) . على أنه يلاحظ ، من الناحية العملية ، أن هذا الخلاف لا محل له . ذلك أن المقرض إذا اشترط سعراً للفائدة ، فهو في الوقت ذاته قد اشترط — ما لم يظهر عكس ذلك في وضوح — أن يكون هذا السعر الاتفاقي هو أيضاً سعر الفوائد التأخيرية وأنه يسرى من وقت حلول أجل القرض لا من وقت المطالبة القضائية ولا من وقت الإعذار .

(٢) على أنه يمكن ، في شيء من التحوير ، أن تتصور فوائد تعويضية عن مبلغ من النقود لا يكون مصدر العقد في الفرض الآتي : يلتزم المالك بأن يرد للحائز ما أنفقه من المصروفات طبقاً لقواعد قررتها المادتان ٩٨٠ — ٩٨١ مدني ، وهذا الالتزام مصدره غير العقد . ثم تنص المادة ٩٨٢ على أنه " يجوز للقاضي ، بناء على طلب المالك ، أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصــوص عليها في المادتين السابقتين. وله أن =

٥١٠ – شرط استحقاق الفوائد التعويضية – الاتفاق مع المدين

والفوائد التعويضية ، على النحو الذي قدمناه ، لا تستحق إلا باتفاق يتم بين الدائن والمدين . فالمقترض لا يدفع فوائد تعويضية عن مبلغ القرض إلا إذا اتفق على ذلك مع الدائن ، وقد نصت المادة ٥٤٢ مدني على ما يأتي : " على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر " والمشترى لا يدفع فوائد تعويضية عن الثمن المؤجل إلا إذا اتفق على ذلك مع البائع [1] .

فاتفاق الدائن مع المدين هو الشرط في استحقاق الفوائد التعويضية . وهذا الاتفاق ذاته يحدد أيضاً سعر هذه الفوائد ، على ألا يجاوز الحد الأقصى الذي قرره القانون والذي سيأتي بيانه . ونرى من ذلك أن الفوائد التعويضية لا يمكن أن تكون إلا بسعر اتفاقي ، وليس لها سعر قانوني . أما الفوائد التأخيرية فقد رأينا أن سعرها قد يكون سعراً قانونياً وقد يكون سعراً اتفاقياً [2] .

= يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوماً منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها " . وهذا النص ، إذا فسر على أنه تأجيل لاستحقاق الدين حكم به القاضي ، فإن القاضي يكون قد لاحظ في ذلك أن يضيف للمصروفات فوائد تعويضية – بالسعر القانوني – حتى إذا رأى المالك أن يعجل الدفع خصم هذه الفوائد كما يقضي النص بذلك . فهنا استحقت فوائد تعويضية عن مبلغ من النقود مصدره غير العقد .

وهناك فرض آخر نصت عليه المادة ١٨٣ مدني . فقد قضت بأنه " ١ – يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله وكان الموفي جاهلا قيام الأجل.. ٢ – على أن يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاد بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقوداً ، التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانوني أو الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الأجل " . فهنا التزم الدائن الذي عجل له الوفاء بحقه أن يدفع لمدين الذي عجل الوفاء فوائد تعويضية عن المبلغ الذي عجل الوفاء به ، والمصدر الذي التزم به الدائن ليس هو العقد .

ولا شك أن فيما قدمناه تحويراً للفوائد التعويضية يدل على مبلغ الصعوبة في تحقيق فرض تستحق فيه هذه الفوائد عن مبلغ من النقود لا يكون مصدره العقد . ويلاحظ أنه إذا استقام هذا الفرضان ، أمكن أن يكون للفوائد التعويضية سعر قانوني، مع أن هذه الفوائد لا تكون إلا بالسعر الاتفاقي كما سنرى .

(١) أما ما قررته المادة ٤٥٨ مدني من أن للبائع الحق في الفوائد القانونية عن الثمن إذا أعذر المشترى أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، فيقصد به حق البائع في استيفاء فوائد تأخيرية عن ثمن حل ميعاد الوفاء به .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي : " كان من أثر الإشفاق من معاطب الربا أن عمد التشريع في أكثر الدول ، لا إلى تحديد سعر الفوائد التي تستحق عن التأخير في الوفاء فحسب ، بل وكذلك إلى تحديد هذا السعر بالنسبة لسائر ضروب الفوائد . فالأولى ، اتفاقية كانت أو قانونية ، تفترض حلول أجل الوفاء بالدين ، وترصد على تعويض الضرر الناشئ عن التأخر في هذا الوفـــاء . أما الثانيـــة =

الفرع الثاني

مقدار الفوائد كما حددها القانون

٥١١ – سعر الفائدة وجواز التخفيض والزيادة : يتدخل القانون ، كما مر القول ، فيحدد الفائدة : السعر القانوني والحد الأقصى للسعر الاتفاقي .

وقد أجاز التقنين المدني الجديد – كراهية منه في الربا – النزول عن الحدود المقررة في حالات معينة ، ولكنه أجاز من ناحية أخرى ، وفي حالات معينة أيضاً ، الزيادة على هذه الحدود .

فنستعرض : (أولا) سعر الفائدة (ثانياً) جواز النزول عن الحدود المقررة وجواز الزيادة عليها .

المبحث الأول

سعر الفائدة

٥١٢ – سعر الفوائد التأخيرية : رأينا أن سعر الفوائد القانونية إما أن يكون سعراً قانونياً وإما أن يكون سعر اتفاقياً .

فالسعر القانوني في المسائل المدنية هو ٤% ، وفي المسائل التجارية هو ٥% ، وبهذا قضت المادة ٢٢٦ مدني على عامر . وقد كان السعر القانوني في عهد التقنين المدني السابق، طبقاً للمرسوم بقانون الصادر في ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ ، هو ٥% في المسائل المدنية و ٦% في المسائل التجارية . فخفض التقنين المدني الجديد السعر القانوني ، في الحالتين ، بمقدار ١% [1] ، ويبرر ذلك " ما أسفرت عنه الظروف الاقتصادية " من وجوب

= فتفترض أن الدين لم يحل ، وأن الفوائد وهي اتفاقية دائماً قد اشترطت كمقابل في معاوضة من المعاوضات . فليس لفائدة رأس المال إلا سعر واحد هو سعر الاتفاقي ، في حين أن فوائد التأخر لها سعران : أحدهما اتفاقي والآخر قانوني (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٢ – ص ٥٨٣) .

(١) وقد تقدم أن السعر القانوني في التقنين المدني السابق كان في مبدأ الأمر ٧% في المسائل المدنية و ٩% في المسائل التجارية . ثم خفض السعر المرتفع إلى ٥% و٧% بالأمر العالي الصادر في ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ . ثم خفض السعر في المسائل التجارية إلى ٦% بالمرسوم بقانون الصادر في ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ (أنظر آنفاً فقرة ٥٠٢ في الهامش) .

=

تخفيض كل من السعر القانوني والسعر الاتفاقي ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي [1] . والعبرة بالمدين في التمييز بين المسائل المدنية التي يكون سعرها ٤% والمسائل التجارية التي يكون سعرها ٥% . فإذا كان المدين غير تاجر ، فالفائدة تحسب بالسعر القانوني في المسائل المدنية — ٤% — حتى لو كان الدائن تاجراً والعملية تجارية [2] . ويلاحظ أن السعر القانوني الجديد ، أي من يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فالفوائد القانونية المستحقة ابتداء من هذا التاريخ على مبالغ من النقود تحسب بسعر ٤% في المسائل المدنية و ٥% في المسائل التجارية ، حتى لو نشأت الديون عن عقود أبرمت أو وقائع حدثت قبل هذا التاريخ [3] .

أما السعر الاتفاقي للفوائد التأخيرية فيجب ألا يزيد على ٧% ، وقد يكون أقل من ذلك [1] ، بل قد يكون أقل من السعر القانوني ، حسب الاتفاق الذي يتم بين الدائن والمدين . وهذا الحد الأقصى للسعر الاتفاقي قررته المادة ٢٢٧ الفقرة الأولى على ما رأينا ،

— أما في فرنسا ، فقد جعل قانون ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٧ السعر القانوني ٥% في المسائل المدنية و ٦% في المسائل التجارية ، ثم خفض هذا السعر إلى ٤% و ٥% بمرسوم بقانون في ٨ أغسطس سنة ١٩٣٥ . والسعر القانوني في الجزائر هو ٥% في كل من المسائل المدنية والمسائل التجارية (أنظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧ ص ٢٠٩ — ويرى هؤلاء الفقهاء أن الأولى هو أن يجعل السعر القانوني تابعاً لسعر الخصم taux de l'escompte في بنك فرنسا : جزء ٧ فقرة ٨٧٨ ص ٢١٠) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٣ . وقد جاء فيها : وقد كان في الوسع ترك أمر تحديد سعر الفوائد لتشريع خاص ، على غرار ما فعلت بعض التقنينات الأجنبية . بيد أنه رؤى من الأنسب أن يبقى المشروع على تقاليد البلاد التشريعية ، وقد استقرت من عهد غير قريب على إيكال هذا التحديد إلى نصوص التقنين المدني ذاته . وعلى هذا الوضع أدنى إلى تيسير التعجيل بإجراء التخفيض الذي تقدمت إليه الإشارة ، ولا سيما بعد أن الحث على البلاد دواعيه " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٣ — ص ٥٨٤) .

(٢) استئناف مصر ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٠٨ ص ٢٩٩ .

(٣) وهذا هو نفس ما قررته المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ عندما خفض هذا المرسوم بقانون السعر القانوني في المسائل التجارية من ٧% إلى ٦% - أنظر أيضاً بودري وبارد ١ فقرة ٩٩٦ مكررة — روبييه في تنازع القوانين بالنسبة إلى الزمان جزء ٢ سنة ١٩٣٣ فقرة ٧٨ وفقرة ٨٧ ——

(1) تقضي المادة ٢٢٧ من القانون المدني الجديد بتخفيض الفوائد الاتفاقية إلى ٧% ولم يستثن هذا النص من تطبيقه الاتفاقات السابقة على صدوره كما فعل القانون ٢٠ لسنة ١٩٣٨ ، ولما كان تعيين الحد الأقصى للفائدة التي يجوز الاتفاق عليها هو مما يتصل بالنظام العام ، فإن حكم هذه المادة ينطبق بأثر فوري من تاريخ العمل بالقانون الجديد في ١٩٤٩/١٠/١٥ ويسرى السعر المخفض من هذا التاريخ حتى على الاتفاقات السابقة عليه وذلك بالنسبة للفوائد التي تستحق منذ نفاذ ذلك القانون .

(جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧ الطعن رقم ١١٥ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ص ٩٣٧) .

جلسة ١٩٥٣/٥/٢١ الطعن رقم ١٩٠ لسنة ٢٠ ق) .

وتستوى فيه المسائل المدنية والمسائل التجارية . وقد كان السعر الاتفاقي في عهد التقنين المدني السابق ، بمقتضى المرسوم بقانون الصادر في ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ ، هو ٨% يجوز تخفيضه بمرسوم إلى ٧% ، ولكنه لم يخفض حتى صدر التقنين المدني الجديد فتولى هذا التخفيض [1] . ويلاحظ أن السعر الاتفاقي الجديد ، وهو السعر المخفض ، يسرى هو أيضاً من وقت سريان التقنين المدني الجديد ، حتى بالنسبة إلى العقود التي أبرمت قبل هذا الوقت ؛ لأن سعر الفائدة يعتبر من النظام العام [1] . فإذا اتفق الدائن والمدين ، قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، على أن تكون سعر الفوائد التأخيرية هي ٨% وفقاً للمرسوم بقانون الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ ، وبقيت هذه الفوائد التأخيرية سارية إلى ما بعد نفاذ التقنين الجديد ، فإنما تحسب بسعر ٨% إلى يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم تحسب ابتداء من يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ بسعر ٧% وفقاً لأحكام التقنين الجديد [2] .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " وقد جعل المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨ ، المعدل لأحكام المادتين ١٢٤ — ١٨٢/١٢٥ — ١٨٥ من التقنين الحالي (السابق) ، الحد الأقصى لسعر الفوائد الاتفاقية ٨% مع جواز تخفيضه إلى ٧% بمقتضى مرسوم . على أن المشروع آثر أن يحقق هذا التخفيض فور الوقت إزاء ما أسفرت عنه الظروف الاقتصادية ، فجعل الحد الأقصى للسعر ٧% (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٣) . وقد قدمنا أن السعر الاتفاقي في التقنين المدني السابق كان في مبدأ الأمر ١٢% ، ثم خفض إلى ٩% بالأمر العالي الصادر في ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ ، ثم إلى ٨% يجوز تخفيضها إلى ٧% بالمرسوم بقانون الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ .

أما في فرنسا ، فقد جعل قانون ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٧ السعر الاتفاقي كالسعر القانوني ٥% في المسائل المدنية و ٦% في المسائل التجارية . وقد ألغى قانون ١٢ يناير سنة ١٨٨٦ الحد الأقصى للسعر الاتفاقي في المسائل التجارية . ثم ألغى قانون ١٨ أبريل سنة ١٩١٨ الحد الأقصى للسعر الاتفاقي في المسائل المدنية إلغاء مؤقتاً ، مع جواز العودة إلى حد أقصى بمقتضى مرسوم . على أن المرسومين بقانون الصادرين في ٨ أغسطس و ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ وضعا عقوبة جنائية على الإقراض بالربا الفاحش ، ويكون الربا فاحشاً إذا زادت الفوائد على المعتاد تقاضيه ، في المعاملات المماثلة في مخاطرها (mêmes risques) ، بأكثر من النصف ، وفي هذه الحالة تخفض الفوائد إلى السعر المعتاد تقاضيه، ويخصم ما دفع زائداً من الفوائد بالسعر المعتاد ثم من رأس المال ، فإذا كان الدين قد انقضى مع فوائده ، رد إلى المدين ما دفعه زائداً بعد ذلك مع فوائده من يوم الدفع (أنظر بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٨٨ ص ٤٢٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨٢) .

(1) إذا كان الحكم المطالب بالفوائد عنه تعويض اتفاقي نص في العقد على استحقاقه عن تأخير البائع في تسليم أي كمية من الأقطان المبيعة وبعد أن يحدد الاتفاق سعر معيناً للفائدة عنه أو يبدأ سريانها فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بالفائدة القانونية عن هذا المبلغ بسعر ٤% من تاريخ المطالبة القضائية يكون قد أعمل نص المادة ٢٢٦ مدني ولم يخالف القانون .

(جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧ السنة ١٣ ص ١٢٤٦) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤ . وسنعود إليها فيما يلي : وأنظر عكس ذلك روبييه في تنازع القوانين بالنسبة إلى الزمان جزء ٢ سنة ١٩٣٣ فقرة ٧٨ =

٥١٣ – سعر الفوائد التعويضية : ليس للفوائد التعويضية إلا سعر واحد هو السعر الاتفاقي . كما قدمنا . والحد الأقصى للسعر الاتفاقي للفوائد التعويضية هو نفس الحد الأقصى لسعر الاتفاقي للفوائد التأخيرية . وهذا تقضي ، كما رأينا ، الفقرة الأولى من المادة ١٢٧ إذ تقول : " يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد ، سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ، على ألا يزيد هذا السعر على ٧% " . والحالة الأخرى ، غير حالة تأخير الوفاء ، التي تشترط فيها الفوائد هي حالة الفوائد التعويضية ، كما سبق القول . وقد كان الحد الأقصى للسعر الاتفاقي للفوائد التعويضية في عهد التقنين المدني السابق ، وفقاً للمرسوم بقانون الصادر في ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ ، هو ٨% ، أي نفس الحد الأقصى للسعر الاتفاقي للفوائد التأخيرية . وقد خفض إلى ٧% لنفس الأسباب . ويسرى السعر الاتفاقي الجديد، وهو السعر المخفض، من وقت سريان التقنين المدني الجديد ، حتى بالنسبة إلى العقود التي أبرمت قبل هذا الوقت. فإذا اقترض شخص قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مبلغاً من النقود بسعر ٨% ، وكان ميعاد حلول أجل القرض بعد يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإنه يؤدي الفوائد بسعر ٨% إلى يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩، ثم بسعر ٧% ابتداء من يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ [1].

= وفقرة ٨٧ . وأنظر بنوع خاص انتقاده لفكرة أن التشريع الذي يعتبر من النظام العام يكون له أثر رجعي أو أثر فوري بالنسبة إلى العقود القائمة وقت نفاذه إذا كانت هذه العقود قد أبرمت قبل ذلك (فقرة ٨٧). وأغلب الفقه الحديث في فرنسا من رأي الأستاذ روبييه . على أنه حتى بفرض التسليم بأن التشريع الذي يعتبر من النظام العام ليس له أثر رجعي أو أثر فوري ، فإنه يبقى أن الأستاذ روبييه نفسه يميز بين تشريع يتصل بالمراكز التعاقدية (régime du contrat) وتشريع يتصل بالمراكز القانونية (statut légal) ويجعل للتشريع الذي يتصل بالمركز القانونية أثراً فورياً . ثم هو يفرق بين السعر القانوني للفائدة والسعر الاتفاقي ، فيجعل الأول متصلاً بمركز قانوني ويجعل الثاني متصلاً بمركز تعاقدي (أنظر جزء ٢ فقرة ٨٧ ص ١٢٠) . ولا نرى مبرراً لهذه التفرقة ، فكل من السعر القانوني والسعر الاتفاقي يتصل اتصالاً مباشراً بمركز قانوني هو نظام الديون (régime des créances) . ذلك أن القانون في الأصل لا يجعل الدين منتجاً لفوائد ، إلا إذا طالب بها الدائن أو اتفق عليها مع المدين ، وفي الحالتين يضع القانون حدوداً لسعر الفائدة ، وسواء كان هذا السعر قانونياً أو كان اتفاقياً فإنه يتصل بمركز قانوني ينظمه القانون ، ومن ثم [illegible] أن يكون لأي تشريع يتصل بهذا المركز القانوني أثر فوري . فإذا قامت اعتبارات تحول دون هذا الأثر الفوري ، وجب أن ينص المشرع على أن التشريع الجديد لا يسرى على العقود القائمة وقت نفاذه [illegible] يسرى إلا على العقود التي تبرم بعد ذلك ، وهذا ما فعله المرسوم بقانون الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨.

(١) وقد كان المرسوم بقانون الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ يتضمن حكماً مخالفاً لهذه القواعد [illegible] يقضي بعدم سريان السعر المخفض أو السعر المرفوع على العقود المبرمة قبل تخفيض السعر أو رفعه [illegible] كانت هذه العقود تبقى سارية إلى ما بعد التخفيض أو الرفع (أنظر آنفاً فقرة ٥٠٢ في الهامش) [illegible]

= قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تخفيض الفوائد إلى ٨% ليس له أثر رجعي (١٣ يونية سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٢٠) .

وقد طبقت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقواعد العامة تطبيقاً صحيحاً إذ تقول : " وبديهي أن أثر هذا التخفيض لا يستند إلى الماضي ، فسيظل السعر المقرر بمقتضى النصوص الحالية (السابقة) قائماً إلى تاريخ العمل بأحكام التقنين الجديد . أما بعد هذا التاريخ فتطبق الأحكام الخاصة بالسعر الجديد ، حتى بالنسبة للعقود التي تمت من قبل ، اتفاقية كانت الفوائد أو قانونية (قارن المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨) " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤) .

وأخذت محكمة النقض بهذا الحكم ، إذ قضت بأن الدفع بأن سعر الفائدة المقضي بها يجب ألا يزيد على ٧% بعد العمل بالقانون المدني الجديد وفقاً للمادة ٢٢٧ منه متعلق بالنظام العام ، ومن ثم يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض . والحد الأقصى للفائدة التي يجوز الاتفاق عليها قانوناً هو من قواعد النظام العام ، فيسرى السعر المخفض من تاريخ العمل بالقانون المدني الجديد القاضي بتخفيضه ، أي ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، حتى على الاتفاقات السابقة على هذا التاريخ . يؤيد هذا النظر ما ورد في هذا الخصوص في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي المشار إليه . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون عليها بعد العمل بالقانون المدني الجديد بفائدة سعرها ٨% ابتداء من أول سبتمبر سنة ١٩٤٦ لحين الوفاء ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف المادة ٢٢٧ من القانون المذكور في خصوص المدة اللاحقة للعمل به ، ويتعين نقضه ، وتخفيض سعر الفائدة إلى ٧% ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ حتى تمام الوفاء (نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦١ ص ١٢٠٨) . أنظر عكس ذلك أصول القانون للأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت والمؤلف سنة ١٩٤١ ص ١٩٥ ، وقد ميز (ص ١٩٨ – ١٩٩) بين النصوص التي يقصد بها حماية مصلحة عامة كالقانون الذي يعطي للأوراق المصرفية سعراً جبرياً ، والنصوص المعتبرة من النظام العام ولكنها تحمي مصالح خاصة كالقانون الذي يخفض الحد الأقصى للفائدة فلا تؤثر في العقود التي تمت قبل صدورها .

ويذهب الأستاذ سليمان مرقس (موجز المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٥٣ ص ١٢٤ – ص ١٢٥ – المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٥٢ ص ١٦٥ – ص ١٦٦) إلى أن العبرة في سريان النص القاضي بتخفيض السعر بتاريخ الاتفاق ، " لأن الحكمة – كما يقول – من أصل وضع هذه المادة وما كان يقابلها في التقنين الملغي إنما هي منع استغلال الدائن حاجة المدين وضعفه وقت التعاقد ، لا التخفيف عن عاتق المدينين الذين سبق أن التزموا بفوائد . ويظهر ذلك جلياً من عبارة هذه المادة حيث تقول أنه: يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد ... على ألا يزيد هذا السعر على ٧% ، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى ٧% وتعين رد ما دفع زائداً على هذا المقدار – ولو قصد المشارع غير ذلك ، لعبر عنه كما عبر في المادة ٢٣٢ بقوله " لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكـثر من رأس المال ... وإذن فالذي يتعلق بالنظام العام في هذا النص هو منع حصول الاتفاق على فوائد أزيد من السعر المقرر ، فلا يسرى ذلك إلا على العقود التي يحصل الاتفاق عليها بعد صدور تلك القوانين " . ولا نحسب أن المشرع قصد المغايرة في الحكم بين عدم جواز الاتفاق على سعر يزيد على ٧% وعدم جواز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، بمجرد أنه استعمل تعبيرين مختلفين ، فقال في الحـــالة الأولى " فإذا اتفقا ... " وقال في الحالة الثانية " لا يجوز تقاضي ... " . ففي الحالتين أراد المشرع ألا يجيز تقاضي فوائد بسعر يزيد على ٧% وألا يجيز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد. والنصان – بهذا المعنى – حكمهما واحد من حيث اتصالهما بالنظام العام .

وقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧ ، كما رأينا ، على أن " كل عمولة أو منفعة ، أياً كان نوعها ، اشترطها الدائن ،إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره ، تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض ، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعـة مشروعة " . وهذا النص مأخوذ من المرسوم بقانون الصادر في ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ ، وقد أضافته لجنة المراجعة فقرة ثانية للمادة ٢٢٧ . ولا يختلف النص الجديد عن أصله إلا في أمرين : (١) وقع تحريف لفظي في النقل عن الأصل ، فقد ورد في آخر النص الجديد عبارة " ولا منفعة مشروعة " ، وصحتها : " ولا نفقة مشروعة " . كما ورد في الأصل ، وبذلك يستقيم المعنى . (٢) عين المرسوم بقانون من يحمل عبء إثبات أن العمولة أو المنفعة هي فائدة مستترة فجعله المدين ، أما في التقنين المدني الجديد فقد استبدلت عبارة " إذا ما ثبت أن ... " بعبارة " إذا ما أثبت المدين أن ... " ، وبذلك يكون تعيين من يحمل عبء الإثبات خاضعاً للقواعد العامة [1] . ويبدو أن القواعد العامة لا تختلف عما كان المرسوم بقانون يقضي به ، فعبء الإثبات يحمله المدين وعليه أن يثبت أن العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا نفقة مشروعة يكون الدائن قد صرفها ، لأن المدين إنما يطعن بالصورية فيما اتفق عليه مع الدائن ، ويتمسك بأن حقيقة العمولة أو المنفعة هي فوائد ربوية . فهو الذي يحمل عبء الإثبات [2] ، ولكن له أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، ولو بالبينة والقرائن ، وفقاً للقواعد العامة في الإثبات [3] .

(١) انظر تاريخ نص المادة ٢٢٧ آنفاً فقرة ٥٠٢ في الهامش — وأنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٦ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان مؤدى الحكم المطعون فيه هو أن العمولة والمصاريف التي اقتضتها الشركة المطعون عليها من الطاعن كانت مقابل خدمات حقيقية ومشروعة قامت بها تنفيذاً لعقود الاتفاق المبرمة بينهما ، ولم تكن فوائد ربوية مستترة ، فإنه يكون في غير محله النعي على هذا الحكم بأنه أجاز الاتفاق على فوائد ربوية مخالفة للقانون (نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦٢ ص ١٠٣٧) . وليس الحكم صريحاً في تحميل المدين أو الدائن عب الإثبات .

(٣) هذا وقد صدر مرسوم بقانون آخر (رقم ٢٢) في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ ، لا يزال معمولا به حتى اليوم ، بشأن سير البيوتات المالية المشتغلة بتسليف النقود على رهونات . وهو يقضي بأنه " لا يجوز أن يزيد مقدار الفائدة السنوية على الحد المقرر للفائدة التي يجوز الاتفاق عليها والمبين بالمادة ١٨٥ من القانون المدني المختلط والمادة ١٢٠ من القانون المدني الأهلي . ويجوز فضلا عن ذلك تحصيل عوائد تثمين وقياس وتخزين ، ولا يجوز أن يزيد مقدار هذه العوائد على ٤% إذا كانت السلفة أقل من ٢٥٠ قرشاً ولا على ٣,٥% إذا زادت على ذلك ، ويكون تحصيل هذه الرسوم باعتبار سنة كاملة مهما كانت مدة السلفة . ولا تسري أحكام هذا المرسوم بقانون على القروض المعقودة قبل تاريخ العمل به — وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص ما يأتي : " ويلاحظ أن نص المشروع في هذا الشأن لا يمس أحكام المرسوم بقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٣٨ المعدل للأمر العالي الصادر في ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ بشأن سير

٥١٤ — جزاء مجاوزة سعر الفائدة : وقد قضت العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ مدني بأنه إذا اتفق الدائن والمدين على فوائد تأخيرية أو تعويضية تزيد على الحد الأقصى للسعر الاتفاقي ، فإنه يجب تخفيضها إلى ٧ % ، ويتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر . وللمدين الذي يريد أن يسترد الزيادة أن يقيم الدليل على الربا الفاحش بجميع طرق الإثبات [1] .

= البيوتات المالية المشتغلة بتسليف النقود على رهونات ، فيما يتعلق بتخويل هذه البيوتات حق اقتضاء فائدة إضافية في مقابل نفقات التثمين والقياس والتخزين " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٣) .

وقد تجتمع عمليتان في عقد واحد ، فيزيد مجموع ما اشترط فيهما على السعر المسموح به قانوناً ، ومع ذلك يكون كل من العمليتين صحيحاً لاستقلال كل عملية عن الأخرى ، ولعدم مخالفة القانون في أي منهما . وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأن عمليتي القرض والتعهد بعمل شيء وهو توريد أقطان بشروط معينة هما عمليتان مستقلتان إحداهما عن الأخرى ، جائزتان قانوناً ، ولا يضيرهما حصولهما بعقد واحد . ولا محل للقول بأنه إذا أضيفت الغرامة المشتركة في حالة عدم القيام بالوفاء بالتعهد بالتوريد إلى فائدة عملية القرض الأولى جاوزت الفائدة المقدار المسموح به قانوناً ، لأن التعويض المتفق عليه بعقد التوريد هو نظير ما يفوت المتعهد له (البنك) من المنفعة العامة بسبب عدم توريد الأقطان ، لأنها إذا وردت نشأت عنها عملية أخرى هي اعتماد بحساب جار بتأمين هذه الأقطان يلتزم به البنك قبل العميل أن يقرضه قرضاً جديداً ، والبنك أمام هذا الالتزام يرصد من أمواله مبلغاً موازياً بنسبة معينة من قيمة البضائع انتظاراً للقيام بهذا التعهد ، فإخلال العملاء بالتوريد يفوت على البنك الانتفاع باستخدام ماله واستغلال شونه (استئناف مصر ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٢٥ ص ١٠٣٥) .

(١) وقد قضي بأنه لما كان الربا الفاحش مخالفاً للنظام العام ، جاز أن يثبت بكل طرق الإثبات ، بما في ذلك البينة والقرائن (استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٧٨ — طنطا الجزئية ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ ص ٢١٥) ، ومتى ثبت أن هناك ربا فاحشاً ، انتقل عبء الإثبات إلى الدائن، وعليه أن يثبت المقدار الحقيقي للقرض (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٨٥) . وتبحث المحاكم فيما إذا كانت العقود تشتمل على ربا فاحش ، وذلك كيفما كانت ماهية هذه العقود وشكلها (استئناف أهلي ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٥٤) . فإذا اتضح لها أن عقد قرض بفوائد فاحشة سمي بيعاً بقصد إخفاء الربا ، وجب عليها اعتبار العقد بحسب حقيقته وتنزيل الفوائد الزائدة المضافة إليه (رشيد ١٥ يناير سنة ١٩١٨ الشرائع ٤ ص ٢٧٨) . وإذا قبض المؤجر من المستأجر مبلغاً من المال وقت تحرير عقد الإجارة على أن يؤجر الأطيان بأجرة هي دون القيمة ، وثبت للمحكمة أن عقد الإيجار ما هو في الحقيقة إلا عقد تأمين على قرض ، وأن الفرق بين الأجرة المتفق عليها وما تساويه العين المؤجرة ودفع أجرها تقدرها عن مدة وضع يده عليها ، وتقضي على المؤجر برد المبلغ الذي تسلمه عند تحرير العقد مع فوائد بواقع ٩% (استئناف أهلي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٨ المحاماة ٦ ص ٨٥٧) . أنظر أيضاً ربا فاحشاً في صورة عمولة (استئناف أهلي أول ديسمبر سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ ص ٢٢٤) ، وفي صورة رهن (استئناف أهلي ٢٣ مايو سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ ص ٢٢٤) ، وفي صورة عاروقة (أسيوط ٧ مارس سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ ص ١٦٣) . أنظر أمثلة أخرى لعقود تخفي ربا فاحشاً في القضاء المختلط: استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٧ — ١٥ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٣٧ =

والتخفيض إلى الحد المقرر في القانون لا يقتصر على السعر الاتفاقي ، بل يتناول أيضاً على سبيل القياس السعر القانوني [1] . فإذا دفع المدين للدائن فوائد قانونية بسعر يزيد على

— ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٤) . وأنظر في وجوب عدم الاقتصار على احتمال مظنة الربا الفاحش ؛ بل يجب في هذه الحالة أن تحيل المحكمة الدعوى على التحقيق ليثبت المدين أن هناك ربا فاحشاً : نقض مدني ١٢ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٨ ص ٦٤٦ ، وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم في قسم الإثبات .

(1) أ — وإن كان الترخيص المشار إليه قد صدر لمجلس إدارة البنك المركزي في إطار المادتين الأولى والسابعة من القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ اللتين تمنحان للبنك المركزي سلطة تنظيم السياسة النقدية والائتمانية والمصرفية والإشراف على تنفيذها وفقاً للخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية طبقاً للسياسة العامة للدولة إلا أن ذلك لا يعني أن القرارات التي يصدرها مجلس إدارة البنك المركزي استناداً إلى الفقرة (د) من المادة السابعة المشار إليها ، وتتضمن رفعاً لسعر الفائدة التي يجوز للبنوك التعاقد عليه في عملياتها المصرفية ، تعتبر من قبيل القواعد المتعلقة بالنظام العام التي تسري بأثر مباشر على ما يستحق في ظلها من فوائد العقود السابقة على العمل بها ، ذلك أن الأصل في استحقاق الفوائد الاتفاقية هو اتفاق الدائن مع المدين ، فإذا اتفق الطرفان على سعر معين فلا يجوز للدائن أن يستقل برفعه ، ويبين من النص المشار إليه أن الشارع التزم هذا الأصل ، إذ تدل صياغته على أن الشارع قصد سريان الأسعار الجديدة على العقود التي تبرمها البنوك بعد العمل بهذه الأسعار ، مما مؤداه أن تظل العقود السابقة محكومة بالأسعار المتفق عليها فيها وخاضعة للقوانين التي نشأت في ظلها وهو ما التزمت به القرارات الصادرة من مجلس إدارة البنك المركزي في هذا الشأن ، حيث نصت القاعدة الثامنة من القواعد العامة التي تصدرت كتاب البنك المركزي الصادر في أول يوليو سنة ١٩٧٩ بأسعار الخدمات المصرفية الموحدة على أن تسري هذه الأسعار على العقود والعمليات التي أبرمت في ظلها ، أما بالنسبة للعمليات القائمة التي أبرمت قبل صدورها فإن العبرة بما تم عليه التعاقد أي أن العقود تظل محكومة بالأسعار التي كانت سارية وقت التعاقد ، كما تضمنت قرارات البنك المركزي الأخرى التي صدرت استناداً إلى الفقرة (د) المشار إليها بدءاً يقضي بسريان الأسعار الواردة بها على العقود الجديدة والعقود المجددة والعقود القائمة في حالة سماحها بذلك . وهو ما يؤكد أن قصد الشارع لم ينصرف إلى سريان الأسعار المرتفعة الجديدة تلقائياً على ما يستحق في ظلها من فوائد العقود السابقة على العمل بها ، لما كان ذلك وكانت العلاقة بين البنوك وعملائها تخضع بحسب الأصل لمبدأ سلطان الإرادة ، فإن قرارات البنك المركزي المشار إليها لا تعتبر على إطلاقها ، من قبيل القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام ، ولا يترتب البطلان في مخالفتها فيما تعقده البنوك مع عملائها من عقود مصرفية إلا إذا جاوز سعر الفائدة المتفق عليها بها الحد الأقصى الذي تحدده تلك القرارات ، إذ يجرى عليها في هذه الحالة ذات الحكم المقرر بالنسبة لتجاوز الحد الأقصى للفوائد المنصوص عليها في المادة ٢٢٧ من القانون المدني، اعتباراً بأن الحد الأقصى المقرر للفائدة التي يجوز الاتفاق عليها قانوناً هو — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — مما يتصل بقواعد النظام العام .

(جلسة ١٩٨٣/٦/٢٧ الطعن رقم ١٦٠٧ لسنة ٤٨ ق س ٣٤ ص ١٤٨٠) .
(جلسة ١٩٥٨/١٢/٢٥ الطعن رقم ٢٠٧ لسنة ٢٤ ق س ٩ ص ٨٣٩) .
(جلسة ١٩٥٧/١١/٢٨ الطعن رقم ٢٤٤ لسنة ٢٣ ق س ٨ ص ٨٣٤) .

ب — مفاد الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧ من القانون المدني أن القانون لا يحظر على الدائن أن يجمع بين تقاضي العمولة والفائدة المتفق عليها ولو زاد مجموعهم عن الحد الأقصى المقرر قانوناً للفائدة إلا إذا كانت العمولة المشتركة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها .
(جلسة ١٩٧٦/٦/١٤ السنة ٢٧ ص ١٣٤٥) .

٤ أو ٥% ، فإن الفوائد تخفض إلى هذا السعر ، ويسترد المدين ما دفعه زائداً . ويندر أن تقع الزيادة في السعر القانوني ، والغالب أنها تقع في السعر الاتفاقي ، ولذلك ورد النص في هذا السعر الأخير .

وقد كان تخفيض السعر إلى الحد المقرر قانوناً هو أيضاً جزاء مجاوزة سعر الفائدة في عهد التقنين المدني السابق . إما رد ما دفع زائداً فقد كان مختلفاً فيه [1] ، فحسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف إذ نص صراحة على وجوب الرد. ونرى أن نص التقنين المدني في هذه المسألة هو نص تفسيري ، ومن ثم يطبق على ما دفع من الفوائد زائداً على الحد المقرر حتى لو كان ذلك قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فيجب على الدائن رده .

ويتقادم الالتزام بالرد بمضي ثلاث أو خمس عشرة سنة وفقاً لأحكام المادة ١٨٧ مدني ، لأن هذا الالتزام مصدره دفع غير المستحق .

المبحث الثاني

جواز النزول عن الحدود المقررة وجواز الزيادة عليها

٥١٥ — فرضان : قرر القانون سعر الفائدة ، القانوني والاتفاقي ، في الفوائد التأخيرية وفي الفوائد التعويضية ، على النحو الذي بسطناه . ولكن هناك أحوالا ، نص عليها القانون ، يجوز النزول فيها عن هذه الحدود المقررة كما أن هناك أحوالا ، على النقيض من ذلك ، تجوز فيها الزيادة على هذا الحدود .

ونتناول بالبحث كلا من هذين الفرضين .

(١) فمن الأحكام ما كان يقضي بعدم جواز استرداد ما دفع زائداً عن اختيار : استئناف أهلي ١٦ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٦٦ ص ١١١ — استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٨ — ١٢ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٤٣ — ٥ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٥١) .
ومن الأحكام ما كان يقضي بجواز استرداد ما دفع زائداً ولو كان الدفع عن اختيار : استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٨ — مصر استئنافي ٩ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢١٧ — طنطا ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ ص ١٠٧ . أنظر أيضاً في عدم جواز الاسترداد الفقرة الثانية من المادة ٧٦٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني .

المطلب الأول

جواز النزول عن الحدود المقررة

٥١٦ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٢٩ من التقنين المدني على ما يأتي:

" إذا تسبب الدائن ، بسوء نية ، وهو يطالب بحقه ، في إطالة أمد النـزاع ، فللقاضي أن يخفض الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضى بها إطلاقا ، عن المدة التي طال فيها النـزاع بلا مبرر " .

وتنص المادة ٢٣٠ على ما يأتي :

" عند توزيع ثمن الشيء الذي بيع جبراً لا يكون الدائنون المقبولون في التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الأنصبة التي تقررت لهم في هذا التوزيع إلا إذا كان الراسي عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن ، أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها ، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد في هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسي عليه المزاد أو خزانة المحكمة . وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء " .

وتنص المادة ٢٣٢ على ما يأتي :

" لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية " [1] .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٢٩ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " إذا تسبب الدائن، وهو يطالب بحقه ، في إطالة أمد النـزاع بخطئه ، فللقاضي أن تخفض الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضي بها إطلاقاً ، عن المدة التي طال فيها النـزاع بلا مبرر " . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٣٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ ذكر أن هذه المادة تعالج حالة الدائن سيئ النية الذي يتعمد إطالة أمد النـزاع كي يستمر الفوائد في سريانها ، وقد أثبت العمل أنه كثيراً ما يلجأ الدائن إلى إنكار الإمضاء أو إلى الدفوع أو رد القاضي . ورأت اللجنة أن تدخل عبارة " بسوء نية " بدلا من كلمة " بخطئه " لأن فكرة الخطأ قد تتسع لفروض لا يحسن فيها توقيع هذا الجزاء ، ولهذا آثرت اللجنة أن يكون الجزاء قاصراً على حالة سوء النية وحدها ، وأصبحت المادة رقمها ٢٢٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٨ – ص ٥٨٩) .

م ٢٣٠ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة " دون تمييز بين دائن مضمون حقه ودائن لا ضمان له " الواردة في آخر نـص =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٢٦/١٨٦ [1] .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى . في التقنين المدني السوري المواد ٢٣٠ – ٢٣١ و ٢٣٣ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ١٧٣ فقرة ٣ و ١٧٤ ، وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢٣٢ – ٢٣٣ و ٢٣٥ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧٦٨ [2] .

= المشروع التمهيدي . وأقرت لجنة المراجعة النص ، وأصبح رقمه ٢٣٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة " دون تمييز ... الخ " لأن قسمة الفوائد بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء تفيد معنى هذه العبارة ، وأصبح رقم النص ٢٣٠ . ووافق مجلس الشيوخ عليه كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٠ – ص ٥٩٢) .

م ٢٣٢ : ورد هذا النص في المادة ٣١٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ – الفوائد على متجمد الفوائد لا تكون مستحقة إلا إذا طولب بها قضائياً أو تم الاتفاق عليها بعد استحقاق الفوائد المتجمدة ، على أن يبلغ المتجمد في الحالتين فوائد سنة على الأقل ، وهذا دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية . ٢ – أما الاستحقاقات الدورية غير الفوائد فتعتبر رؤوس أموال من حيث استحقاق الفوائد عنها " . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٣٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدل بالمادة بفقرتيها النص الذي استقر في التقنين الجديد ، وقد راعت اللجنة في ذلك ألا تتكرر الفوائد بتقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، وأن من المصلحة أن يحال بين الدائن وبين استغلال المدين باقتضاء فوائد تجاوز مقدار الدين نفسه ، وبحسب الدائن أن يكون قد اقتضى فوائد تعادل رأس ماله ، وقد أخذت بهذا الحكم دول أخرى منها سورية والعراق . وأصبحت المادة رقمها ٢٣٢ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما وضعتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضـيرية ٢ ص ٥٩٦ – ص ٥٩٧) .

(١) وقد كانت المادة ١٢٦/١٨٦ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " لا يجوز أخذ ولا طلب فوائد على متجمد الفوائد إلا إذا كان مستحقاً عن سنة كاملة " .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٣٠ – ٢٣١ و ٢٣٣ : (مطابقة للمواد ٢٢٩ – ٢٣٠ و ٢٣٢ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أن المادة ٢٣١ من التقنين المدني السوري لا تذكر ما إذا كانت خزانة المحكمة ملزمة بالفوائد بسبب إيداع الثمن فيها) .

التقنين المدني العراقي م ١٧٣ فقرة ٣ و ١٧٤ : (مطابقتان للمادتين ٢٢٩ و ٢٣٢ من التقنين المدني المصري فيما عدا أن المادة ١٧٣ فقرة ٣ عراقي تكتفي بخطأ المدين ولا تشترط سوء نيته . ولا مقابل في التقنين العراقي للمادة ٢٣٠ من التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٣٢ – ٢٣٣ و ٢٣٥ : (مطابقة للمواد ٢٢٩ – ٢٣٠ و ٢٣٢ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٦٨ : يجوز أن تؤخذ فائدة عن فوائد رأس المال إما بإقامة دعوى ، وإما بمقتضى عقد خاص منشأ بعد الاستحقاق . وفي كلا الحالين يشترط أن تكون الفوائد المستحقة عائدة إلى مدة لا تقل عن ستة أشهر ، ذلك مع الاحتفاظ بالقواعد والعادات المختصة بالتجارة . (وحكم الربح المركب هنا كحكمه في التقنين المدني المصري السابق وفي التقنين المدني الفرنسي ، فيما عدا أن المدة التي تتجمد فيها الفوائد هي هنا ستة أشهر بدلا من سنة هناك : أنظر الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣٣) .

ويتبين من هذه النصوص أن هناك حالات أربع يجوز فيها النزول عن الحدود المقررة: (١) تسبب الدائن بسوء نية في إطالة أمد النـــزاع (٢) الفوائد التأخيرية بعد رسو المزاد (٣)زيادة مجموع الفوائد على رأس المال (٤) الفوائد على متجمد الفوائد ، أي الربح المركب (anatocisme) . ونتناول على التعاقب كلا من هذه الحالات .

٥١٧ – تسبب الدائن بسوء نية في إطالة أمد النـــزاع : لم يستحدث

التقنين الجديد هذا الحكم استحداثاً تاماً ، فقد كان القضاء المصري يسير على مقتضاه. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " وقديماً فطنت محكمة الاستئناف الأهلية إلى هذا التطبيق ... فهو من هذه الوجهة ليس بالجديد كل الجدة بالنسبة للقضاء المصري [١] " .

والمبدأ الذي يقوم عليه هذا الحكم لا تمكن المنازعة فيه ، فهو مبدأ التعسف في استعمال الحق . والدائن إذا تسبب بسوء نية في إطالة أمد النـــزاع ، فهو إنما يتعسف في المطالبة بحقه وفي استعمل الإجراءات التي وضعها القانون تحت تصرفه للوصول إلى هذا الحق. فبدلا من أن يقصد الوصول إلى حقه ، يعمد إلى إطالة أمد النـــزاع حتى تتراكم الفوائد على المدين ، فيكون هو الرابح من جراء هذا التعسف . فأراد المشرع أن يرد عليه قصده بحرمانه من هذه الفوائد ، كلها أو بعضها، عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر .

ونرى من ذلك أن تطبيق هذا الحكم يقتضي توافر شرطين :

(الشرط الأول) إطالة الدائن أمد النـــزاع بلا مبرر . مثل ذلك أن يلجأ الدائن ، بغرض إطالة أمد النـــزاع ، إلى إنكار إمضائه الموضوع على مخالصة صدرت منه بجزء من حقه ، أو إلى الطعن في هذه المخالصة بالتزوير ، أو إلى الإكثار من الدفوع الكيدية ، أو إلى رد القضاء وما إلى ذلك [٢] . وليس من الضروري أن يرفع الدائن خصومة إلى القضاء، بل يكفي ن يلجأ في المطالبة بحقه إلى إجراءات لا مبرر لها لإطالة أمد النـــزاع [٣]. مثل ذلك أن يكون سريان الفوائد يكفي فيه إعذار المدين ، فيعذره الدائن حتى تسرى الفوائد ، ثم يقف

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤ – وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يجوز للمحكمة أن ترفض إعطاء الدائن الفوائد القانونية إذا رأت أنه أجرى إجراءات غير لازمة للدعوى ، واتبع طرقاً أوجبت الإطالة بلا فائدة (١٠ مارس سنة ١٨٩٦ والحقوق ١١ ص ١٧٥) . ومن ثم يجوز اعتبار نص المادة ٢٢٩ نصاً مفسراً إذ هو يقنن أحكام القضاء المصري ويجرى على مقتضى القواعد العامة ، فيكون له [illegible] رجعي .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٩ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤ .

عند ذلك ، ويرفض قبول الدين دون سبب مشروع عندما يعرضه المدين ، فيضطر المدين إلى العرض الحقيقي ، فيعمد الدائن إلى إطالة إجراءات هذا العرض ، وهكذا .

(الشرط الثاني) سوء نية الدائن . وقد كان المشروع التمهيدي للمادة ٢٢٩ مدني لا يتطلب سوء النية ، ويكتفي بالخطأ ، فكان صدر المادة يجرى على الوجه الآتي: " إذا تسبب الدائن ، وهو يطالب بحقه ، في إطالة أمد النـــزاع بخطئه ... " . فلوحظ في لجنة مجلس الشيوخ أن هذا النص لا مقابل له في التشريعات الأجنبية ، وأضافت اللجنة شرط سوء النية لأن الاقتصار على مجرد الخطأ يجعل النص يتسع لفروض لا يحسن فيها توقيع هذا الجزاء [١] . فلا يكفي إذن أن يكون الدائن قد أخطأ في إطالة أمد النـــزاع خطأ عادياً، بل يجب أن يكون قد تعمد إطالة أمد النـــزاع حتى تتراكم الفوائد على المدين . فيكون النص إذن تطبيقاً واضحاً لنظرية التعسف في استعمال الحق . وقد رؤى اشتراط سوء النية لأن النتائج التي يرتبها القانون على عمل الدائن نتائج خطيرة [١] ، إذ يسقط حقه في الفوائد ، فلم يجعل هذه النتائج مرهونة بخطأ بسيط من الدائن ، يسهل على المدين دائماً أن ينسبه إلى الدائن بمجرد أن يطول أمد النـــزاع . ولا نميل إلى القول بأن الخطأ الجسيم هنا يلحق بسوء النية ، لأن النص لا يذكر إلا سوء النية ، وأراد من وراء ذلك أن يتشدد حتى لا يهدر حق الدائن في الفوائد إلا جزاء وفاقاً لسوء نيته ، ومن ثم لا يكفى إثبات الخطأ الجسيم .

هذا والمدين هو الذي يحمل عبء إثبات الشرطين معاً : إطالة أمد النـــزاع بلا مبرر وسوء نية الدائن . ومتى تم له إثبات ذلك ، كان للقاضي أن يخفض الفوائد إلى حد معقول، بل كان له ألا يقضى بها إطلاقاً ، وذلك عه المدة التي طال فيها النـــزاع بلا مبرر، ولا ينسحب أثر التخفيض أو الإسقاط إلا عن هذه المدة [٢] . فهناك خطأ مشترك (erreur

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٩ . وأنظر آنفاً فقرة ٥١٦ في الهامش . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " على أن انتفاع المدين بحكم هذه المادة مشروط بإقامة الدليل على وقوع خطأ من الدائن ... " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤) . وواضح أن هذا يتمشى مع نص المشروع التمهيدي الذي كان يقتصر على اشتراط الخطأ ، لا مع النص النهائي الذي يشترط سوء النية .

(1) لا يكفي لإعمال الجزاء المنصوص عليه في المادة ٢٢٩ من القانون المدني وقوع خطأ من الدائن في مسلكه في الدفاع في الخصومة ولو كان هذا الخطأ جسيماً ، بل لابد من ثبوت سوء نيته وتعمده الإضرار بالمدين حتى تتراكم عليه الفوائد ومن ثم فإن مجرد إبداء الدائن دفاعا يخفق في إثباته لا يدل بذاته على أنه كان سيئ النية في إطالة أمد التقاضي ، بل لابد لذلك من أن يثبت أن هذا الدفاع كيدي وأن القصد من تقديمه إطالة أمد التقاضي إضراراً بالمدين .

(جلسة ١٩٦٩/٧/٣ الطعن رقم ٣٣١ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ ص ١١٠١) .

(جلسة ١٩٦٤/١٠/٢٢ الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٢٩ ق س ١٥ ص ٩٨٨) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤ .

(commune : المدين تأخر في الوفاء بالتزامه ، والدائن أطال هذا التأخر بإطالته أمد النـــزاع [1] [1] . والخطأ المشترك من شأنه أن يخفف المسئولية ومظهر التخفيف هو التخفيض من الفوائد ، أو بعدمها إذا وصل خطأ الدائن من جراء سوء نيته إلى حد استغراق خطأ المدين ومظهر انعدام المسئولية هو إسقاط الفوائد .

والفوائد التي يخفضها القاضي أو لا يقضى بها إطلاقاً ، عن المدة التي طال فيها النـــزاع بلا مبرر ، قد تكون فوائد قانونية أو فوائد اتفاقية ، وهي دائماً فوائد تأخيرية لأن المفروض أن الدين قد حل ويطيل الدائن أمد النـــزاع فيه حتى تتراكم الفوائد ، فلا يمكن أن تكون هذه الفوائد إلا فوائد تأخيرية [2] .

٥١٨ – الفوائد التأخيرية بعد رسو المزاد : هذا الحكم استحدثه التقنين الجديد في ضوء تجارب الماضي [3] . فقد كان المدين ، في عهد التقنين المدني السابق ، بعد رسو المزاد وطوال إجراءات التوزيع ، يبقى ملتزماً بدفع الفوائد التأخيرية عن الديون التي تدرج في قائمة التوزيع . وتطول إجراءات التوزيع عادة ، وقد تستغرق سنوات ، والفوائد التأخيرية تتراكم على المدين وهو لا يد له في ذلك ولا يملك دفع هذا الأذى عن نفسه . ومن ثم جاء التقنين المدني الجديد بهذا الحكم المستحدث لدفع المضرة عن المدين .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤ .

(1) تقرير الحكم المطعون فيه أنه يترتب على تراضي الدائن في تنفيذ الحكم الصادر لصالحه عدم استحقاقه لفوائد التأخير غير صحيح في القانون ، ذلك أن التراضي في التنفيذ لا يكون له أثر في المدة السابقة على صدور الحكم الابتدائي ، ولا يمنع من استحقاق الفوائد إذا كان على المدين أن يوفي بالدين أو أن يتمسك بأي سبب من أسباب انقضائه .
(جلسة ١٩٤٦/٦/١١ السنة ١٥ ص ٨٢٨) .

(٢) ويذهب الدكتور المحمصاني في كتابة آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني (ص ٣٦) إلى أنه يجوز أن يطبق في لبنان حكم تخفيض الفوائد أو إسقاطها لإطالة أمد النـــزاع بسوء نية ، دون حاجة إلى نص في ذلك ، إذ يقول : " ونحن نرى أن ذلك جائز أيضاً في لبنان ، وفاقاً للمبادئ العامة ، لا سيما وفاقاً لمبدأ سوء استعمال الحقوق المنصوص عليه في المادة ١٢٤ من قانون الموجبات ، ووفقاً لتطبيقات هذه المبدأ العديدة في قانون أصول المحاكمات المدنية التي توجب الحكم بتعويض على من يقدم ، عن نية سيئة ، على إقامة دعوى أو على المعارضة في أي سبب ظهرت صحته (م ٣١) " .

(٣) نذكر للتاريخ أن صاحب الفكرة في هذا النص هو القاضي استنويت (Stenuit) ، وكان يعمل في لجنة تنقيح التقنين المدني على ما مر . وقد أفضى إلينا أن خبرته كقاضي في المحاكم المختلطة دلته على أن الفلاح المدين يحمل غرماً فادحاً من جراء بطء إجراءات التوزيع ، فقد تطول هذه الإجراءات زمناً طويلا ، ولا ذنب له في ذلك ، فتتراكم عليه فوائد الديون طوال المدة التي تسير فيها إجراءات التوزيع . فصيغ هذا النص دفعاً لهذا العبء الثقيل عن عاتق المدين .

وتقضي المادة ٢٣٠ – وقد مر ذكرها – بأن الفوائد التأخيرية لا تسرى بسعرها المقرر ، سواء كان السعر القانوني أو السعر الاتفاقي ، إلا إلى وقت رسو مزاد المال الذي يباشر الدائن إجراءات التنفيذ عليه لاستيفاء حقه . ثم تقف هذه الفوائد التأخيرية بالسعر المقرر . ولا تنتج الديون التي ينفذ بها على أموال المدين فوائد تأخيرية بعد رسو المزاد ، إلا إذا كان الراسي عليه المزاد ، أو كانت خزانة المحكمة بسبب إيداع الثمن فيها ، يلتزم أحد منهما بدفع فوائد على هذا الثمن ، ولا تتقاضى فوائد التأخير إلا في حدود المستحق من هذه الفوائد في ذمة الراسي عليه المزاد أو في ذمة خزانة المحكمة . وهذا تخفض فوائد التأخير متى كان سعر الفائدة المستحقة قبل الراسي عليه المزاد أو قبل خزانة المحكمة أقل من سعر الفائدة الواجبة على المدين ، وهذا ما يقع في الكثرة الغالبة من الأحوال . وتوزع هذه الفوائد التأخيرية – في الحدود المتقدمة الذكر – بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن مرتهن أو ذي حق امتياز ودائن عادي .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في ختام عبارتها في هذا الصدد : "وغني عن البيان أن هذا الحكم يعدل كل العدل بحقوق المدين ، ويكفل له من الحماية ما يؤمنه من بطء إجراءات التنفيذ . ثم إنه يحمى الدائنين بعضهم من البعض الآخر ، من طريق تحقق المساواة بينهم في توزيع الفوائد المستحقة قبل الراسي عليه المزاد وقبل الخزانة، إذ تقسم بينهم جميعاً قسمة غرماء، دون تمييز بين دائن مضمون حقه ودائن لا ضمان له " [1] .

٥١٩ – زيادة مجموع الفوائد على رأس المال : رأينا أن المادة ٢٣٢ مدني تقضي بأنه لا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال [1] ، وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية . وفي هذا النص إمعان من

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩١ – ولما كان هذا الحكم مستحدثاً ولكنه يعتبر من النظام العام لأنه يتعلق بنظام الفوائد ، فإنه يسري من وقت نفاذ التقنين المدني الجديد ، أي ابتداء من ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، على الديون التي لم تقفل فيها قوائم التوزيع ، وتسرى الفوائد الأصلية عن المدة السابقة على هذا التاريخ .

ويذكر الدكتور صبحي المحمصاني أن هذا الحكم معمول به في لبنان دون نص ، فهو يقول : " وعلى الرغم من أن القانون اللبناني لم ينص على مثل هذا المبدأ صراحة ، فإن العمل في دوائر الإجراء ، لا سيما في بيروت ، هو موافق له ، إذ أن الفائدة ترصد حتى تاريخ الإحالة القطعية في البيع الجبري تمهيداً لإجراء معاملة التوزيع بين الدائنين " (آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣٢) .

(1) استحدث المشرع في القانون المدني الجديد قاعدة أوردها في المادة ٢٣٢ التي تنص على أنه " لا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية " ومقتضى ما تقدم أن يكون للدائن لغاية يوم ١٤ من شهر أكتوبر ١٩٤٩ حق اقتضاء =

جانب التقنين المدني الحديد في كراهية الربا ، إذ هو يستحدث قيداً جديداً على الفوائد لم يكن في التقنين المدني السابق ، وليس له نظير في التقنينات الغربية . والواقع من الأمر أن المشروع التمهيدي كان خالياً من هذا النص ، وسار المشروع في اللجان والهيئات المختلفة حتى وصل إلى لجنة مجلس الشيوخ . وفي هذه اللجنة أضيف النص قيداً جديداً على الربا [٢]، واستحدثت اللجنة في النص ذاته تحريم تقاضي فوائد على متجمد الفوائد قيداً آخر [١] ، وجاوزت في القيدين أحكام التقنين السابق وأحكام كثير من التقنينات الغربية .

فالقاعدة إذن أن مجموع الفوائد التي يتقاضاه الدائن من مدينه لا يصح في حال أن يزيد على رأس المال . وقد جاء في تقرير لجنة مجلس الشيوخ في هذا الصدد أن اللجنة قد راعت " أن من المصلحة أن يحال بين الدائن وبين استغلال الدين باقتضاء فوائد تجاوز مقدار الدين نفسه . وبحسب الدائن أن يكون قد اقتضى فوائد تعادل رأس ماله . وقد أخذت بهذا الحكم دول أخرى منها سورية والعراق [٢] " .

= الفائدة السارية ولو زادت على رأس المال ، وأن لا يكون له بعد هذا التاريخ ، حق اقتضاء فوائد متى كانت الفائدة المستحقة له قد بلغت ما يعادل رأس المال .

(جلسة ٣/١٠/١٩٦٠ الطعن رقم ٦٦٠ لسنة ٢٥ ق س ١١ ص ٥٤١) .

(جلسة ٢٧/١/١٩٦٣ الطعن رقم ١١٥ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ع ٢ . ص ٩٣٧) .

(جلسة ٥/٣/١٩٦٤ الطعن رقم ١٢١ لسنة ٢٩ ق س ١٥ ع ١ ص ٢٨١) .

(جلسة ٣٠/١٢/١٩٧٦ لسنة ٢٧ ص ١٨٥٧) .

(١) ونذكر هنا أيضاً للتاريخ أنه لما عرض على لجنة مجلس الشيوخ القيود الكثيرة المختلفة التي وضعها التقنين المدني الجديد على الربا ، أرادت اللجنة الاستزادة منها . فذكرت ما كنت أعلمه من أن العراق وسورية ورثتا من القوانين العثمانية قاعدة تقضي بأنه لا يجوز أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال . فبادرت اللجنة إلى إدماج هذه القاعدة في نصوص التقنين الجديد هي وتحريم الفوائد المركبة ، وجعلت القاعدتين في نص واحد مستحدث .

(1) مفاد المادتين ٢٣٢ ، ٢٣٣ من القانون المدني أن المشرع قد حرم الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضي به القواعد والعادات التجارية ، كما أقر ما جرى عليه العرف التجاري في تجميد الفوائد في الحساب الجاري وترك أمر تحديدها لما يقضي به العرف .

(جلسة ٣/١٢/١٩٦٤ الطعن رقم ٣٢ لسنة ٣٠ ق س ١٥ ع ٣ ص ١١٢٢) .

(جلسة ٢/٤/١٩٦٥ الطعن رقم ٣٥٨ لسنة ٢٩ ق س ١٥ ع ٢ ص ٤٩٩) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٧ — والأصل في هذا الحكم هو المادة ٤ من قانون المرابحة العثماني وتقضي بعدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال . وطبقت القاعدة في العراق وسورية ولبنان إذ كانت هذه البلاد جزءاً من الإمبراطورية العثمانية ثم لما استقلت أدخلت القاعدة في كل من التقنين العراقي والتقنين المدني السوري عن طريق التقنين المدني المصري الذي استقى القاعدة هو نفسه من المرابحة العثماني . ويذكر الدكتور صبحي المحمصاني (آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣٢) أن هذه القاعدة لا تزال سارية في لبنان بحكم قانون المرابحة العثماني .

ومجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن يتناول الفوائد بجميع أنواعها : الفوائد التعويضية والفوائد التأخيرية بالسعر الاتفاقي وبالسعر القانوني . فلو أن شخصاً اقترض من مصرف ألفاً من الجنيهات بسعر اتفاقي مقداره ٧٪ لمدة عشر سنوات ، ولم يسدد من دينه شيئاً طوال هذه المدة ، وحل أجل الدين فتأخر في الوفاء سبع سنوات أخرى ، فإن مجموع الفوائد التعويضية والتأخيرية التي تراكمت عليه بالسعر الاتفاقي هو ١١٩٠ جنيهاً ، وهذا المجموع يزيد على رأس المال بمقدار ١٩٠ جنيهاً ، فلا يجوز للدائن في هذه الحالة أن يتقاضى من مجموع الفوائد التي تراكمت أكثر من ألف من الجنيهات ، وهو ما يساوي رأس المال . ويضيع عليه من الفوائد مائة وتسعون جنيهاً . وليس في هذا الحكم حماية للمدين فحسب . بل هو ينطوي أيضاً على معنى العقوبة للدائن ، إذ أنه إما أن يكون قد أهمل في تقاضي حقه، أو تعمد ألا يتقاضاه حتى تتراكم الفوائد على المدين [١] .

ويرد على هذا الحكم القيدان الآتيان :

(أولا) أن النص استثنى ما تقضي به القواعد والعادات التجارية . مثل ذلك الحساب الجاري ، وسيأتي أنه يجوز فيه تقاضي فوائد على متجمد الفوائد وأن سعر الفائدة التجارية فيه غير مقيد بحد معين . فيحتمل إذن أن يزيد مجموع الفوائد في نهاية الحساب على رأس المال ، ويكون ذلك جائزاً تمشياً مع القواعد والعادات التجارية [٢] .

(١) وهذه القاعدة التي تقضي بأن مجموع الفوائد لا يجاوز رأس المال تعتبر من قواعد النظام العام ، ومن ثم يسري نص المادة ٢٣٢ من وقت نفاذ التقنين المدني الجديد . فإذا كانت هناك عقود أبرمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تجعل للدائن حقا في تقاضي مجموع من الفوائد يزيد على رأس المال ، فما دفع من الفوائد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لا يرد ولو زاد على رأس المال . أما منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فلا يجوز أن يكون مجموع الفوائد التي تقاضاها الدائن في الماضي مع الفوائد التي يتقاضاها في المستقبل أكثر من رأس المال. فإذا فرض أن شخصاً اقترض مبلغاً مقداره ١٠٠٠ جنيه بسعر ٨٪ في يناير سنة ١٩٤٠ لمدة عشرين سنة ، وبقي يسدد الفوائد إلى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم استمر بعد ذلك يسددها بسعر ٧٪ ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . حتى وصلت جملة ما دفعه من الفوائد منذ بداية القرض ألفاً من الجنيهات ، فإنه لا تجب عليه بعد ذلك أية فوائد . ولو أن هذا الشخص اقترض هذا المبلغ (١٠٠٠ جنيه) بهذا السعر (٨٪) في يناير سنة ١٩٣٥ لمدة عشرين سنة ، فإنه يكون قد دفع حتى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ من الفوائد أكثر من ١٠٠٠ جنيه ، فينقطع منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ عن دفع أية فوائد ، ولكنه لا يسترد ما دفعه قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ زائداً على ١٠٠٠ جنيه .

(٢) وقد صدر من محكمة مصر الكلية ، في ٢٥ أبريل سنة ١٩٥٥ ، في القضية رقم ٥٨١٨ لسنة ١٩٥٣، حكم لم ينشر بعد يقضي بأن العادات التجارية في القروض طويلة الأجل ، تسمح بمجاوزة مجموع الفوائد لرأس المال . وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : " وحيث إن المشرع لاحظ في النص على عدم الإخلال بالقواعد والعادات التجارية أن للعرف السائد قوة القانون المسنون ، وأنه لا بد من عدم المساس بأحكام المعاملات التي جرى بها العرف من قديم الزمان ، ومنها القروض طويلة الأجل التي تعقدها المصارف =

(ثانياً) زيادة مجموع الفوائد على رأس المال ممنوعة في الصفقة الواحدة ، لا في مجموع الصفقات إذا تعددت . فإذا اقترض شخص مبلغاً من النقود بفائدة ، وتراكمت الفوائد ، ثم قطع المدين حساب هذا القرض ، وعقد مع المقرض قرضاً آخر أدخل فيه رصيد القرض الأول ، كان لكل قرض حسابه ، ولا يجوز أن يزيد مجموع الفوائد على رأس المال في كل من القرضين ، ولكن تجوز زيادة مجموع الفوائد في القرضين معاً على رأس المال في أي قرض منهما . على أنه يجب ألا يكون في ذلك طريق للتحايل على حكم القانون ، فيعمد الطرفان إلى تجزئة القرض الواحد إلى قرضين تجزئة صورية الغرض منها أن يجاوز مجموع الفوائد رأس المال .

على أن الحكم الذي نحن بصدده – عدم مجاوزة مجموع الفوائد رأس المال – ليس بالقيد الخطير في الصفقات العادية . إذ يندر في هذه الصفقات أن يصل الدائن من الإهمال في تقاضي الفوائد إلى حد أن تراكم فتجاوز رأس المال . ويسهل دائماً على الدائن أن يتفادى هذه النتيجة بتحديد مدة معقولة لحلول أجل الدين ، ثم إذا حل أجله لا يتراخى في المطالبة به إلى الحد الذي تتراكم فيه الفوائد فتزيد على رأس المال . وفي هذا مصلحة لكل من الدائن والمدين : الدائن يتفادى أن يضيع عليه شيء من الفوائد ، والمدين لا يترك له الحبل على الغارب فيستسلم إلى تهاونه ، بل تحفزه مطالبة الدائن إلى السعي في سداد دينه فلا تتراكم الفوائد عليه [1] .

= والشركات في نطاق نشاطها المألوف . ولا يمكن بحال أن يكون الشارع قد قصد القضاء على الائتمان الطويل ، ومحاربة القائمين به ، على ما يؤديه هذا الائتمان من خدمات جليلة للاقتصاد القومي ، ومع ما يتسم به من طابع التيسير على المدينين . ولكن الشارع قصد – فحسب – مع المرابين المحترفين من استغلال الضعفاء على صورة كريهة ممقوتة ، فعمل على حمايتهم في هذه الصورة وفي هذه الظلال . ولم يفته الاحتياط لأثر العادة التجارية ، بما يحفظ كيان الأوضاع الاقتصادية في البلاد " .

ولكن صدر قبل ذلك ، من محكمة مصر الكلية أيضاً ، حكمان يقضيان بعكس هذا الرأي : صدر الأول في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥١ في القضية رقم ١٤١٩ لسنة ١٩٥١ ، وصدر الثاني في نفس هذا التاريخ في القضية رقم ٢٥٣٠ لسنة ١٩٥١ ، وتأيد هذا الحكم الثاني من محكمة استئناف مصر في ٥ مارس سنة ١٩٥٣ في القضية رقم ٦٩/١٧ وسنعرض في الحاشية التالية إلى القروض طويلة الأجل .

(١) غير أن هناك نوعاً من القروض قد تستعصي طبيعتها على هذا التدبير ، وهي قروض الإنتاج طويلة الأجل . وتتميز هذه القروض بخصيصتين : (١) يتمتع المقترض بالقرض للإنتاج لا للاستهلاك . فهو إما مزارع [illegible] إصلاح أرضه البور ، أو مالك أرض فضاء يريد البناء عليها ، أو نحو ذلك ، فيقترض مبلغاً كبيراً من [illegible] لمشروعه الإنتاجي من مصارف للائتمان العقاري تخصصت لهذا الغرض . (٢) يكون القرض ذا أجل [illegible] وينبغي أن يكون كذلك ، وإن المقترض إنما يقترض كما قدمنا للإنتاج لا للاستهلاك ، فيعتمد [illegible] أقساط الدين على غلة ما أنتجه ، مع استيفاء شيء من هذه الغلة لنفسه ليكون مورد عيشه ، فلا بد [illegible]

٥٢٠ – الفوائد على متجمد الفوائد أو الأرباح المركبة : تقضي المادة ٢٣٢ مدني ، كما رأينا ، بأنه لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية . ولم يكن هذا هو الحكم في المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد . بل كانت المادة ٣١٠ من هذا المشروع تقضي بأن الفوائد على متجمد الفوائد تكون مستحقة إذا طولب بها قضائياً أو تم الاتفاق عليها بعد استحقاق الفوائد المتجمدة ، على أن يبلغ المتجمد في الحالتين فوائد سنة على الأقل . فكانت الفوائد على متجمد الفوائد (anatocisme, capitalisation des intérêts) جائزة إذن في حالتين : (١) إذا تجمدت الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، لمدة سنة على الأقل ، ثم طالب الدائن المدين قضائياً بفوائد على هذه الفوائد ، فتصبح الفوائد المتجمدة في هذه الحالة عن طريق المطالبة القضائية بمثابة رأس مال ينتج بدوره فوائد قانونية . (٢) إذا تجمدت الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، لمدة سنة على الأقل ، ثم اتفق الدائن والمدين على جعل هذه الفوائد المتجمدة تنتج فوائد بسعر معين ، فتصبح الفوائد المتجمدة في هذه الحالة أيضاً ، عن طريق

= يكون القرض طويل الأجل . ويصل الأجل في كثير من الأحوال إلى عشرين سنة ، بل إلى ثلاثين وأربعين وخمسين في حالات غير قليلة .

وقد جرت عادة مصارف الائتمان العقاري أن تجعل المدين يسدد الدين على أقساط متساوية طوال مدة القرض ، فيسدد في كل قسط الفوائد مع جزء من رأس المال يزيد تدرجاً كلما قل ما يجب دفعه من الفوائد . وقد يزيد مجموع ما يدفعه المدين من الفوائد في هذه القروض طويلة الأجل على رأس المال ، فلا بد إذن ، إذا أريد الإبقاء على هذه القروض الإنتاجية النافعة ، من استثنائها بتشريع خاص من حكم المادة ٢٣٢ من التقنين المدني ، وذلك إذا لم يستقر قضاؤنا على جعلها مستثناة من حكم هذه المادة تطبيقاً لعادات التجارة على ما رأينا . ويلاحظ فوق ذلك أن مصارف الائتمان العقاري تقترض هي نفسها – في صورة سندات تصدرها – نقوداً لآجال طويلة تدفع عنها فوائد قد يزيد مجموعها على رأس المال ، ثم تقرض هذه النقود لعملائها ، فهي تقوم في الواقع من الأمر بدور الوسيط بين المقرض والمقترض . ثم إن الحكومة والأشخاص المعنوية العامة (كالمحليات) قد تعقد قروضاً طويلة الأجل يزيد مجموع الفوائد فيها على رأس المال ، ويقع ذلك كثيراً في الإيرادات المؤبدة . وهناك ظروف تضطر فيها الحكومة إلى التقدم لمساعدة أصحاب الأراضي الزراعية بتسوية ديونهم العقارية إلى آجال طويلة يزيد فيها مجموع الفوائد على رأس المال ، كما وقع ذلك في قوانين التسويات العقارية سنة ١٩٣٣ وسنة ١٩٣٦ وسنة ١٩٤٢ كل هذا من شأنه أن يجعل للقروض طويلة الأجل مركزاً خاصاً يبرر استصدار تشريع استثنائي بشأنها في المعنى المتقدم . وقد أعدت الحكومة بالفعل مشروعاً بقانون في هذا المعنى ، ولكنه لا يزال مشروعاً حتى كتابة هذه السطور .

وغني عن البيان أنه يجب أن تستبقى في التقنين المدني القاعدة الأصلية – وهي عدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال – لمواجهة حالة المرابي المحترف الذي يمد لمدينه في أسباب تأجيل سداد الدين ليستمر في أخذ الفوائد ، فيصل من وراء ذلك إلى تقاضي رأس ماله أضعافاً مضاعفة . ويبقى التشريع الخاص بالقروض طويلة الأجل ، إذا صدر ، تشريعاً استثنائياً يعالج حالة الائتمان العقاري وحدها .

الاتفاق، بمثابة رأس مال ينتج بدوره فوائد اتفاقية [1] . وقد كان هذا هو أيضاً ، بوجه ع
حكم التقنين المدني السابق (أنظر م ١٨٦/١٢٦) [2] .

وسار المشروع التمهيدي في مراحله المختلفة ، حتى وصل إلى لجنة مجلس الشيو
فرأت هذه اللجنة تحريم الفوائد على متجمد الفوائد إطلاقاً ، مقتدية في ذلك بعد

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " لم يغب عن المشروع
ما للفوائد المركبة من بالغ الأثر في زيادة أعباء المدين ، ولا سيما بعد أن عمدت بعض التقنيات الحديثة إ
تحريمها ... بيد أنه رأى إباحتها بشروط ثلاثة : فاشترط أن تكون واجبة الأداء ، وأن تكون مستحقة ع
سنة على الأقل ، وأن يتم الاتفاق على التجميد أو يطالب به الدائن قضائياً بعد أن يصبح ما يراد تجمي
منها مستحق الأداء — قارن المادة ١٨٦/١٢٦ من التقنين المصري (السابق) ويظهر أنها تبيح الاتفاق عا
التجميد قبل حلول الفائدة ، وقد جرى القضاءان المصري والفرنسي على ذلك خلافاً لرأي الفقه في فرن
— ولا يشترط في هذا الصدد حلول أجل الوفاء برأس المال المنتج لتلك الفوائد " (مجموعة الأعم
التحضيرية ٢ ص ٥٩٨ — ص ٥٩٩) .

(٢) أنظر في فوائد الفوائد أو الربح المركب في التقنين المدني السابق الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٣ — استئناف مـ
٣ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٥/٤٧ و ٢/١٢١/٦ — مصر الكلية الوطنية ٨ يوليو سنة ٨٩٩
الحقوق ١٤ ص ٣١٤ — استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٥٤ — ٣ مايو سنة ١٩٢٧
٣٩ ص ٤٣٨ — ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٣ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ —
ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٢ — ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٧ . ولم يكن يشترط عدد كامـ
من سنين تتجمد فيه الفوائد ، فكسور السنة تتجمد فوائدها إن أضيفت إلى فوائد سنة أو سنتين أو أكـ
(بور سعيد الوطنية ١٤ أغسطس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٣٠٣) . على أن المدة التي تتجمد فو
الفوائد ليست بذات أثر كبير ، فقد حسب الأستاذان بودري وبارد (جزء أول فقرة ٥٣٤) أنه إذا جمد
الفوائد كل سنة ، بسعر ٥% ، تضاعف رأس المال في ١٤,٢١ سنة ، وإذا كان تجميدها كل شهر تضاعـ
رأس المال في ١٣,٩٣ سنة ، وإذا كان التجميد كل أسبوع تضاعف رأس المال في ١٣,٧٨ سنة ، فالفر
في المدد التي يتضاعف فيها رأس المال ليس إذن بكبير .

وكان يشترط في عهد التقنين المدني السابق أن تكون المطالبة القضائية بعد تجمد الفوائد لا قبل التجـ
(استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧٤ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦
مصر الكلية الوطنية ٨ يوليو سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٣١٤) . أما بالنسبة إلى الاتفاق فكان يجوز
يتم الاتفاق قبل تجمد الفوائد (استئناف أهلي ١٨ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٤٧ — استئناف مخـ
١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٢ — أول يونية سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥٣ — ٧ يونية سنة ١٢٨
م ٤٠ ص ٤١٣) . وفي فرنسا يجيز القضاء الاتفاق مقدماً قبل تجمد الفوائد ، ولكن الفقه لا يجيز الاتفاق
بعد أن تتجمد الفوائد ، ويحتج بنص المادة ١١٥٤ من التقنين المدني الفرنسي وهي تقضي بعدم جـ
الاتفاق على تجمد الفوائد إلا بعد استحقاقها (les intérêts échus de capitaux) (المو
للمؤلف فقرة ٤٥٣ ص ٤٥٧ — وأنظر في الفوائد على متجمد الفوائد في القانون الفرنسي أوبري ورو
فقرة ٣٠٨ ص ١٦٥ — ص ١٦٩ — بودري وبارد ١ فقرة ٥٢٤ — فقرة ٥٤١ — ديموج ٦ فقرة ٤٠٥
فقرة ٤٢٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨٧ — فقرة ٨٩٠ .

التقنينات الحديثة [1] ، وهذا هو الرأي الذي استقر في التقنين المدني الجديد [2] . والواقع أن تقاضي فوائد على متجمد الفوائد لا يخلو من الخطر ، فإن رأس المال إذا أقرض بسعر ٤% ، تضاعف إذا كان الربح بسيطاً في ٢٥ سنة ، وهو يتضاعف إذا كان الربح مركباً في ١٩ سنة فقط . وإذا قرض بسعر ٥% ، تضاعف في ٢٠ سنة إذا كان الربح بسيطاً ، وفي ١٤ سنة إذا كان الربح مركباً . وإذا أقرض بسعر ٧% تضاعف في ١٤ سنة في حالة الربح البسيط ، وفي ١٠ سنوات في حالة الربح المركب . فالفرق كبير إذن بين الربح المركب والربح البسيط . وقد أحسن التقنين المدني الجديد صنعاً في تحريم الأرباح المركبة [3] .

على أن هناك قيدين يردان على هذا التحريم :

(أولا) ما تقضي به القواعد والعادات التجارية من جواز الأرباح المركبة في بعض الحالات . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : " ويلاحظ أخيراً أن عرف التجارة قد يقضي بالخروج على النصوص الخاصة بتجميد الفوائد . ومن ذلك مثلا إجازة تجميد ما يستحق منها عن مدة تقل عن سنة في الحساب الجاري ، دون حاجة إلى اتفاق أو مطالبة قضائية [4] " .

(ثانياً) الاستحقاقات الدورية غير الفوائد، كالأجرة والإيرادات المرتبة مدى الحياة [5] والاستحقاق في الوقف ، لا تعتبر في حكم الفوائد ، فيجوز تقاضي فوائد عن المتجمد من

(١) أنظر في تقنين الالتزامات السويسري م ١٠٥ فقرة ٢ (ومع ذلك أنظر م ٣١٤ فقرة ٣) — التقنين المدني الألماني م ٢٨٩ فقرة أولى (ومع ذلك فقد أجاز التقنين المدني الألماني التعويض عن تأخر المدين في الوفاء بفوائد الدين) — التقنين الشيلي م ١٥٥٩ و ٢٢١٠ — وكان قانون جوستنيان والقانون الفرنسي القديم يحرمان تقاضي فوائد على متجمد الفوائد .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٧ — وأنظر تاريخ نص المادة ٢٣٢ آنفاً فقرة ٥١٦ في الهامش .

(٣) ولما كانت قاعدة تحريم الأرباح المركبة التي استحدثها التقنين المدني الجديد تعتبر من قواعد النظام العام ، فإنها تسري منذ نفاذ هذا التقنين . ومن ثم فكل اتفاق على فوائد مركبة أبرم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ينتج أثره إلى هذا التاريخ فقط ، وتستحق فوائد على ما تجمد من الفوائد إلى يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ بشرط أن تكون الفوائد قد تجمدت لمدة سنة على الأقل ، وما يتجمد من الفوائد بعد ذلك لا يتقاضى الدائن عنه أية فوائد طبقاً لقاعدة التحريم الجديدة . وإذا كان استحقاق فوائد الفوائد آتياً عن طريق المطالبة القضائية ، فإذا كانت هذه المطالبة قد تمت قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ حكم للدائن بفوائد على متجمد الفوائد ولو صدر الحكم بعد يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لأن الأحكام تستند إلى يوم رفع الدعوى. أما إذا كانت المطالبة القضائية لم تتم قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فلا يحكم للدائن فوائد على متجمد الفوائد حتى لو كان الدين الأصلي قد عقد قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٩ .

(٥) أما الإيرادات الدائمة فهي تعتبر فوائد عن مبلغ من النقود ، ولا تستثنى من تحريم الأرباح المركبة أو من تقييدها إلا بنص صريح . وهذا النص لم يكن موجوداً في التقنين المدني السابق ولم يوجد في التقنين المدني =

هذه الاستحقاقات . فإذا اتفق المؤجر مع المستأجر مقدماً على أن تأخر المستأجر في دفع الأجرة عن مواعيدها يستوجب سريان فوائد تأخيرية بسعر معين على ما تأخر من الأجرة ، جاز هذا الاتفاق ، ولا يعترض عليه بأن الأجرة المتجمدة هي بمثابة الفوائد المتجمدة فلا يجوز أن يتقاضى فوائد عليها [1] .

والذي يميز الفوائد بمعناها الفني الدقيق عن هذه الاستحقاقات الدورية ، أن الفوائد هي ريع دوري عن مبلغ من النقود ، أما الاستحقاقات الدورية فهي إما أن تكون ريعاً دورياً عن رأس مال ليس مبلغاً من النقود [2] ، وإما أن تكون ناتجة عن مبلغ من النقود ولكنها ليست بريع دوري [3] .

= الجديد . وهو موجود في التقنين المدني الفرنسي في المادة ١١٥٥ من هذا التقنين . ويبررون في فرنسا استثناء الإيرادات الدائمة من قيود الأرباح المركبة باعتبارين : الاعتبار الأول أنه لا يخشى في الإيرادات المؤبدة أن تتراكم على المدين الفوائد مع رأس المال ، لأن المدين لا يلتزم برد رأس المال إلا في الوقت الذي يختاره هو . والاعتبار الثاني أن القيود الواردة على الأرباح المركبة إنما قصد بها المرابون دون غيرهم ، والمرابون لا يقرضون نقودهم في مقابل إيراد دائم ، بل يقرضونها لأجل (أنظر في ذلك بودري وبارد ١ فقرة ٥٤٢) .

(١) وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً في هذا المعنى هو الفقرة الثانية من المادة ٣١٠ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : " أما الاستحقاقات الدورية غير الفوائد فتعتبر رؤوس أموال من حيث استحقاق الفوائد عنها " . فحذف هذا النص في لجنة مجلس الشيوخ (أنظر تاريخ نص المادة ٢٣٢ آنفاً فقرة ٥١٦ في الهامش) . ولكن يكفي تطبيق القواعد العامة للوصول إلى هذا الحكم ، وقد ورد في هذا الصدد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي – وقد كان هذا المشروع يجيز الأرباح المركبة بشروط كما قدمنا – ما يأتي : " ويلاحظ أن ما يستحق من الالتزامات في مواعيد دورية كالأجرة والإيرادات الدائمة (كذا) أو المرتبة مدى الحياة لا يعتبر من قبيل الفوائد بمعناها الفني الدقيق . فيجوز تجميد الأجر والإيرادات وما إليها دون حاجة إلى توافر الشروط الثلاثة التي تقدم ذكرها . ذلك أن هذه الالتزامات لا تفترق عن سائر ضروب الالتزام بأداء مبلغ من النقود ، فهي تنتج ما يستحق عنها من الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية أو من التاريخ المتفق عليه ، ولو وقع الاتفاق قبل أن تصبح بذاتها واجبة الأداء . ولا يشترط فوق هذا أن يحل أجل الوفاء بها ، أو أن تكون مستحقة عن سنة على الأقل . وكذلك يكون الحكم في رد الثمرات والفوائد التي يتولى الغير أداءها للدائن وفاء لدين المدين – أنظر المادة ١١٥٥ من التقنين المدني الفرنسي والمادة ١٠٤ من المشروع الفرنسي الإيطالي " . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٩) – وأنظر في هذه المسألة في القانون الفرنسي : أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٦٩ – ص ١٧١ – بودري وبارد ١ فقرة ٥٤١ – فقرة ٥٤٥ – دي لوج ٦ فقرة ٤٢١ – فقرة ٤٢٦ مكررة – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٩١ .

(٢) وذلك كالأجرة والاستحقاق في الوقف (الخيري بعد إلغاء الوقف الأهلي) والثمرات التي يردها الحائز سيء النية مع فوائدها .

(٣) وذلك كالإيرادات المرتبة مدى الحياة فإنها ليست مجرد ريع بل يدخل فيها جزء من رأس المال ، وإذا وفى الغير الفوائد المستحقة على المدين ، فإنه يرجع عليه بما وفاه من هذه الفوائد ، وتعتبر رأس مال بالنسبة إلى الغير الذي وفاها ، ومن ثم كان له أن يتقاضى فوائد عليها وفقاً للقواعد العامة (بودري وبارد ١ فقرة ٥٤١) .

المطلب الثاني

جواز الزيادة على الحدود المقررة

٥٢١ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٣١ من التقنين المدني على ما يأتي:

" يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية " .

وتنص المادة ٢٣٣ على ما يأتي :

" الفوائد التجارية التي تسرى على الحساب الجاري يختلف سعرها القانوني باختلاف الجهات ، ويتبع في طريقة حساب الفوائد المركبة في الحساب الجاري ما يقضي به العرف التجاري " [1] .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٨٧/١٢٧ [2] .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢٣٢ و ٢٣٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ١٧٣ فقرة ٢ و ١٧٥ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٣٤ و ٢٣٦ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٦٥ فقرة ثانية [3] .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٣١ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد ، إذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بغش منه أو بخطأ جسيم " . وأقرت لجنة المراجعة النص تحت رقم ٢٣٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة " بسوء نية " بعبارة " بغش منه أو بخطأ جسيم " ، تمشياً مع التعديل الذي أجرى في المادة ٢٣٦ (٢٢٩ مدني) ، وأصبحت المادة رقمها ٢٣١ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٣ – ص ٥٩٥) .

م ٢٣٣ : ورد هذا النص في المادة ٣١١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٤٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٨ – و ص ٦٠٠) .

(٢) كانت المادة ١٨٧/١٢٧ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " ومع ذلك يجوز أن يختلف قدر الفوائد التجارية في الحسابات الجارية على حسب اختلاف الجهات . وتضم الفوائد المتجمدة للأصل في الحسابات الجارية بحسب العوائد التجارية " . ولا فرق في هذا الحكم بين التقنينين الجديد والقديم .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٣٢ و ٢٣٤ : (مطابقتان للمادتين ٢٣١ و ٢٣٣ من التقنين المدني المصري) .

=

ويستخلص من النصوص المتقدمة أن هناك حالتين يمكن فيهما أن يتقاضى الدائن فوائد تزيد على الحدود المقررة فيما تقدم : (١) تسبب المدين بسوء نية في إحداث ضرر يجاوز الفوائد (٢) الحساب الجاري .

ونستعرض كلا من هاتين الحالتين :

٥٢٢ – تسبب المدين بسوء نية في إحداث ضرر يجاوز الفوائد :

تقضي المادة ٢٣١ مدني ، كما رأينا ، بجواز أن يطالب الدائن بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن المدين قد تسبب بسوء نية في إحداث ضرر يجاوز الضرر الذي جعلت الفوائد تعويضاً له . ونلاحظ منذ الآن أنه قد مر نص مقابل لهذا النص ، هو المادة ٢٢٩ ، وتقضي بأنه " إذا تسبب الدائن ، بسوء نية ، وهو يطالب بحقه ، في إطالة أمد النـــزاع ، فللقاضي أن يخفض الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضي بها إطلاقاً ، عن المدة التي طال فيها النـــزاع بلا مبرر " . والتقابل بين النصين واضح : هناك تسبب الدائن بسوء نية في إلحاق ضرر استثنائي بالمدين ومن ثم جاز للقاضي تخفيض الفوائد ، وهنا تسبب المدين بسوء نية في إلحاق ضرر استثنائي بالدائن ومن ثم جاز للقاضي زيادة الفوائد . وقد كان المشروع التمهيدي لمادة ٢٣١ يوسع في النص فيقضي بالتعويض التكميلي في حالة ارتكاب المدين لغش أو لخطأ جسيم ، كما كان المشروع التمهيدي للمادة ٢٢٩ يكتفي بالخطأ من جانب الدائن فيما مر بنا . فعدلت لجنة مجلس الشيوخ النصين ، وقصرت الحكم في كل منهما على حالة صدور غش من جانب الدائن أو المدين .

على أن هناك نصاً مر بنا يماثل نص المادة ٢٣١ ، هو المادة ٢٢٥ وتقضي بأنه "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيم ". والتماثل بين النصين هو أيضاً واضح: ففي الحالتين يجاوز الضرر قيمة التعويض المقرر ، وذلك بفعل المدين ، فيكون للدائن الحق في تعويض إضافي . ولا يفرق بين الحالتين إلا أن حالة منهما اتفق فيها المتعاقدان على مقدار التعويض في شرط جزائي ، وفي الحالة الثانية التعويض هو عن مبلغ من النقود سواء اتفق

= التقنين المدني العراقي م ١٧٣ فقرة ٢ و ١٧٥ : (مطابقتان للمادتين ٢٣١ و ٢٣٣ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أن المادة ١٧٣ فقرة ٢ عراقي تضيف إلى غش المدين خطأ جسيم) .

التقنين المدني الليبي م ٢٣٤ و ٢٣٦ : (مطابقتان للمادتين ٢٣١ و ٢٣٣ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٦٥ فقرة ٢ : غير أنه إذا كان المديون سيئ النية ، جاز أن يعطى عوض إضافي للدائن الذي أضر به امتناع غير مشروع . (وتوافق في الحكم حكم المادة ٢٣١ من التقنين المدني المصري : أنظر الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣٥ – ص ٣٦) .

عليه أو كان بالسعر القانوني . ومن أجل هذا التماثل عمد المشروع التمهيدي إلى المساواة في الشروط ما بين الحالتين ، فاشترط في كل منهما غش المدين أو خطأه الجسيم [١] . ولكن لجنة مجلس الشيوخ اعتدت بالتقابل ما بين المادتين ٢٣١ و ٢٢٩ ، دون التماثل ما بين المادتين ٢٣١ و ٢٢٥ ، فحذفت "الخطأ الجسيم"، واقتصرت على " غش المدين " كما مر القول .

والنص الذي نحن بصدده – المادة ٢٣١ – نص جديد لم يكن له مقابل في التقنين المدني السابق . ولكن يمكن القول إنه ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة . والمبدأ الذي يقوم عليه النص – كما هو الأمر في المادة ٢٢٩ – هو مبدأ التعسف في استعمال الحق ، والمدين إذا تسبب بسوء نيته في إحداث ضرر استثنائي بالدائن فهو إنما يتعسف في استعمال حقه في الدفاع ، كما يتعسف الدائن في استعمال حقه في المطالبة [٢] [1] .

وتطبيق هذا الحكم يقتضي توافر شرطين :

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٣ – ص ٥٩٤.

(٢) بل إن القضاء المصري ، في عهد التقنين المدني السابق كان يقضي بأنه إذا كان للدائن لا حق له إلا في الفوائد القانونية أو الاتفاقية تعويضاً له عن تأخر المدين في وفاء ما عليه ، إلا أنه يجوز أن يكون له حق في تعويضات أخرى غير الفوائد إذا أثبت أنه قد لحقه ضرر خاص من تأخر المدين وبسبب إهماله (مصر الكلية الوطنية ٢٩ مارس سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٥ ص ١٩٢ – الأقصر ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ ص ١٣٠) ، فكان مجرد إهمال المدين يكفي للحكم عليه بتعويض تكميلي ، وليس من الضروري أن يكون سيئ النية .

وقد كان القضاء الفرنسي مستقراً هو أيضاً على هذا المعنى . وصدر في فرنسا قانون في ٧ أبريل سنة ١٩٠٠ يسجل هذا القضاء ، ولكنه يشترط سوء نية المدين ، فأصبحت الفقرة الأخيرة من المادة ١١٥٣ من التقنين المدني الفرنسي (المعدلة بهذا القانون) تقضي بأنه يجوز للدائن ، الذي ألحق به المدين المتأخر في الوفاء عن سوء نية ضرراً غير مجرد التأخير ، أن يحصل على تعويض آخر مستقل عن فوائد الدين (أنظر في القانون الفرنسي في هذه المسألة أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٦٣ – ص ١٦٤ – بودري وبارد ١ فقرة ٥٠٧ – ديموج ٦ فقرة ٤٠٣ – فقرة ٤٠٤ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٩ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٨٩ ص ٤٢٨ – ص ٤٢٩ – أنظر أيضاً المادة ١٠٦ من تقنين الالتزامات السويسري والمادة ٢٨٨ من التقنين المدني الألماني) . ويشترط هنا أن يكون الضرر غير مجرد التأخر ، أما في التقنين المدني المصري فقد يكون الضرر ناشئاً عن مجرد التأخر ولكن يجب أن يكون ضرراً استثنائياً غير مألوف (أنظر الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٩١ ص ١١٦) .

(1) تأخير المدين في الوفاء بالدين لا يستوجب أكثر من إلزامه بالفائدة القانونية ما لم يثبت أن هذا التأخير كان بسوء نية المدين وترتب عليه إلحاق ضرراً استثنائي بالدائن وذلك وفقاً للمادة ٢٣١ من القانون المدني التي جاءت تطبيقاً للقواعد العامة وتقنيناً لما جرى عليه القضاء في ظل القانون المدني .

(جلسة ١٩٦١/٦/٢٢ السنة ١٢ ص ٥٦١) .

(الشرط الأول) إحداث ضرر استثنائي بالدائن ، لا يكون هو الضرر المألوف الذي ينجم عادة عن مجرد التأخر في وفاء المدين بالتزامه . مثل ذلك أن يكون المدين عالماً بأن الدائن ارتبط بالتزام يعتمد في الوفاء به على استيفائه لحقه من المدين فإن لم يستوف هذا الحق كان معرضاً لإجراءات شديدة من دائنيه قد تصل إلى حد شهر الإفلاس ، أو يكون المدين عالماً بأن أمام الدائن صفقة رابحة اعتمد في إبرامها على استيفاء حقه ففاتته الصفقة بسبب تأخر المدين في الوفاء بالتزامه . ففي الحالة الأولى أصاب الدائن خسارة فادحة ، وفي الحالة الثانية فاته ربح كبير [1] .

(الشرط الثاني) سوء نية المدين : فلا يكفي حدوث الضرر الاستثنائي على النحو المتقدم الذكر ، بل يجب أيضاً أن يكون المدين سيئ النية في عدم الوفاء بالتزامه . ومجرد علمه بالضرر الاستثنائي لا يكفي لثبوت سوء نيته ، بل يجب أيضاً أن يكون قد تعمد عدم الوفاء بالتزامه وهو عالم بما يحدث ذلك لدائنه من الضرر .

والدائن هو الذي يقع عليه عبء إثبات توافر الشرطين : ما لحق به من ضرر استثنائي وسوء نية المدين . ومتى أثبت ذلك ، كان له أن يتقاضى من المدين تعويضاً تكميلياً يضاف إلى الفوائد التأخيرية المستحقة في ذمة المدين لتأخره في الوفاء بالدين [2] . وهذا التعويض التكميلي هو التعويض عن الضرر الاستثنائي الذي ألحقه المدين بالدائن بسوء نيته ، فيجرى في شأنه قواعد التقدير القضائي للتعويض ، ويقاس بمقدار ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من ربح .

٥٢٣ — الحساب الجاري :

وتقضي المادة ٢٣٣ مدني ، كما رأينا ، باستثناء الحساب الجاري من بعض القواعد التي تقررت في نظام الفوائد . وهناك قواعد أخرى استثنى منها الحساب الجاري ، وقد مر ذكرها ، فنحصر تلك الاستثناءات وهذه فيما يأتي :

(أولا) من ناحية المطالبة القضائية : لا يشترط في سريان الفوائد التأخيرية بالنسبة إلى الحساب الجاري المطالبة القضائية ، بل ولا الإعذار . فمجرد الخصم والإضافة في الحساب

(١) ويضرب أوبري ورو مثلا : شخص وعد آخر أن يقرضه مبلغاً من النقود حتى يتمكن من استعمال حق استرداد ، ثم لا يفي بوعده ، فيضيع على صاحب حق الاسترداد حقه . في هذه الحالة يرجع الموعود بالقرض على الواعد بتعويض يساوي الضرر الذي أصابه من جراء ضياع حقه في الاسترداد ، ولو زاد هذا التعويض على الفوائد التي يقررها القانون (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٦٣ وهامش رقم ٠٠ — أنظر أيضاً بودري وبارد ١ فقرة ٥٠٨) .

(٢) ويلاحظ أن الفوائد لا يمكن إلا أن تكون فوائد تأخيرية كما هو الأمر في صدد المادة ٢٢٩ ، سواء كانت هذه الفوائد التأخيرية بسعر اتفاقي أو بسعر قانوني .

الجاري يجعل الفوائد التأخيرية تسري دون حاجة إلى أي إجراء آخر [1] . وقد تقدم ذكر ذلك .

(ثانياً) من ناحية السعر القانوني التجاري : وهذا ما تقضي به المادة ٢٣٣ مدني . فالسعر القانوني التجاري للفوائد التأخيرية هو ، كما قدمنا ، ٥% . ولكن في الحساب الجاري يختلف هذا السعر ، وفقاً للعرف التجاري ، بحسب اختلاف الجهات . فيقضى بسعر الجهة ، ولو زاد أو نقص عن ٥% . والحساب الجاري لا يستثنى في هذه الناحية إلا في السعر القانوني التجاري . فلا يستثنى في السعر القانوني المدني وهو ٤% ، بل ينطبق هذا السعر عليه . كذلك لا يستثنى في السعر الاتفاقي ، فيبقى الحد الأقصى لهذا السعر ، حتى بالنسبة إلى الحساب الجاري ، هو ٧% [2] .

(ثالثاً) من ناحية تجمد الفوائد وتقاضي فوائد على المتجمد منها : وهنا أيضاً يستثنى الحساب الجاري ، كما تقضي بذلك المادة ٢٣٣ مدني [3] . فقد رأينا أن الفوائد المركبة محرمة ، ولكن القانون استثنى الحساب الجاري من هذا التحريم . ويتبع في طريقة حساب الفوائد المركبة في الحساب الجاري ما يقضي به العرف التجاري [4] .

(رابعاً) من ناحية عدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال : وقد بينا فيما تقدم أن الحساب الجاري يستثنى من هذا الحظر ، لأن هذا هو ما تقضى به القواعد والعادات التجارية [5] .

(١) استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٩٢ — ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٧ — ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧٠ — ٨ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٣٩ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٢ — فإذا ما أقفل الحساب الجاري صار رصيده ديناً تستحق عليه الفوائد من وقت إقفال الحساب الجاري (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣١٣ — ١٦ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٣ — ٢٩ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٧٥ — ١١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٩)، اتفاقية كانت أو قانونية.

(٢) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٤٧ .

(٣) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٧ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٢ .

(٤) ويؤسس بودري وبارد هذا الاستثناء على مبدأ عدم قابلية الحساب الجاري لتجزئة (indivisibitité du compte courant) ، فلا يصح أن يتجزأ رصيد الحساب الجاري فيعتبر بعض هذا الرصيد فوائد ، بل إن عناصر الحساب الجاري تفقد ذاتيتها وتندمج جميعاً ، بطريق التجديد ، في وحدة لا تتميز فيها الفوائد عن رأس المال (بودري وبارد ١ فقرة ٥٤٦) . وهذا التحليل يؤدى إلى استثناء الحساب الجاري من قاعدة تحريم الربح المركب ، حتى لو كان حساباً غير تجاري ، لأن طبيعة الحساب الجاري واحدة ، تجاريا كان الحساب أو مدنياً (بودري وبارد ١ فقرة ٥٤٩ — ديموج ٦ فقرة ٤٢٧ — فقرة ٤٢٩) .

(٥) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في صدد استثناءات الحساب الجاري ما يأتي : "ويراعى أن الحساب الجاري خرج من نطاق تطبيق القواعد الخاصة بالفوائد ، وأصبح العرف محكماً فيه ، فقد تقدم أنه استثنى منها كذلك فيما يتعلق بسعر الفائدة القانونيـة التجارية ، فلا يتحتم أن يكون هذا —

الباب الثالث

أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته

ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان

٥٢٤ – أموال المدين ضامنة لالتزاماته – نصوص قانونية : تنص المادة ٢٣٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

" ١ – أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه " .

" ٢ – وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون " [١] .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٥٥٤ – ٥٥٥/٦٧٨ – ٦٧٩ [٢] .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٢٣٥، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٦٠ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٣٧ ، وفي تقنين الموجبات والعقود البناني المواد ٢٦٨ – ٢٧١ و ٢٧٥ [٣] .

– السعر ٥% ، بل يجوز أن يختلف تبعاً لتفاوت الأسعار الجارية في الأسواق (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٩) .

وهذه الاستثناءات بالنسبة إلى الحساب الجاري كان معمولا بها في التقنين المدني السابق (أنظر الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٣ ص ٤٥٨) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣١٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٤١ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠١ ، ص ٦٠٢) . وأنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٢ – و ص ٦٠٣) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٥٥٤/٦٧٨ : الدائنون على خمسة أنواع : الأول – الدائنون العاديون الذين يستوفون ديونهم من جميع أموال مدينهم بنسبة قدر دين كل واحد منهم ... م ٥٥٥/٦٧٨٩ : يجوز للدائنين العاديين أن يستوفوا ديونهم من جميع أموال مدينهم ، لكن مع مراعاة الإجراءات المقررة في القانون.

ولا يوجد فرق ما بين التقنين الجديد والقديم في هذه المبادئ العامة .

(٣) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٣٥ : (مطابقة للمادة ٢٣٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٦٠ : (مطابقة للمادة ٢٣٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٣٧ : (مطابقة للمادة ٢٣٤ من التقنين المدني المصري) .

ويتبين من النص المتقدم أن الدائنين ينفذون بحقوقهم على أموال المدين .

وسواء كان التنفيذ عينياً أو كان بطريق التعويض ، فإن مال المدين هو الذي يكون محلا لهذا التنفيذ .

فأموال المدين هي إذن الضمان العام (gage commun) للدائنين . ولا يلتبس هذه الضمان العام بالتأمين الخاص الذي يقع على مال معين للمدين لمصلحة أحد دائنيه . فيقدمه على غيره من الدائنين . فالضمان العام يتساوى فيه كل الدائنين ، ولا يتقدم فيه دائن على آخر . وإنما يتقدم الدائن على غيره إذا كان له تأمين خاص كما قدمنا ، كرهن أو

– تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٦٨ : للدائن حق ارتهان عام على مملوك المديون لا على أفراد ممتلكاته . وهذا الحق ، الذي يكسب الدائن صفة الخلف العام للمديون ، لا يمنحه حق التتبع ولا حق الأفضلية . فالدائنون العاديون هم في الأساس متساوون ، لا تمييز بينهم بسبب التواريخ التي نشأت فيها حقوقهم ، إلا إذا كان هناك أسباب أفضلية مشروعة ناشئة عن القانون أو الاتفاق .

م ٢٦٩ : لحق ارتهان الدائن خصائص كل منها وسيلة موضوعة رهن تصرفه ليتمكن بها من الحصول على ما يحق له – وبعض تلك الوسائل احتياطي محض ، وبعضها يرمي مباشرة إلى التنفيذ الإجباري . وهناك فئة ثالثة من الوسائل متوسطة بين الفئتين السابقتين ، وضعت لتمهيد سبيل التنفيذ الإجباري وإعداد أسبابه .

م ٢٧٠ : إن الوسائل الاحتياطية ، كوضع الأختام وقيد الرهن وقطع مرور الزمن الجاري ، يحق لكل دائن أن يتذرع بها وإن كان حقه معلقاً على أجل أو على شرط .

م ٢٧١ : أما وسائل التنفيذ فهي بالعكس لا يجوز للدائن استعمالها إلا إذا كان حقه مستحق الأداء – وأخص تلك الوسائل الحجز التنفيذي ، ومنها أيضاً طريقة التغريم (م ٢٥١) وحق الحبس ، أي حق كل شخص دائن ومديون معاً في معاملة أو حالة واحدة بأن يمتنع عن التنفيذ مادام الفريق الآخر لم يعرض القيام بما يجب عليه .

م ٢٧٥ : إن الوسائل المتوسطة التي تمهد سبيل التنفيذ لحق ارتهان الدائن بدون أن يتم ذلك التنفيذ هي: الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليانية وحق التفريق بين مملوكين .

وهذه النصوص تتفق مع المبادئ العامة التي تراعى في التقنين المدني المصري والتقنينات المدنية العربية ، والتي سنوردها فيما يلي . ولكن يلاحظ ما يأتي : (١) صرح التقنين اللبناني أن الدائن خلف عام للمدين ، وهذه مسألة فقهية يحسن ألا يعرض لها المشرع . (٢) جعل التقنين اللبناني حق الحبس من وسائل التنفيذ ، وهو أقرب إلى الطرق المتوسطة لأنه يمهد للتنفيذ دون أن يحققه . (٣) ذكر التقنين اللبناني " حق التفريق بين مملوكين " (sépartion des patrimonies) بين الوسائل المتوسطة ، وفي هذا يقوم بعض الجدل (أنظر دي باج ٣ فقرة ١٧٦ ص ١٩٣) . وهو على كل حال متصل بالميراث في القانون الفرنسي ، وذكره على هذا الوصف بلانيول وريبير وردوان ، وكذلك جوسران ، وسار التقنين اللبناني على غرار جوسران . (٤) أغفل التقنين اللبناني دعوى الصورية ، كما أغفلها التقنين الفرنسي . ولكن هذه الدعوى معترف بها في لبنان ، تطبيقاً للقواعد العامة ولبعض نصوص تقنين أصول المحاكمات المدنية (م ١٦٠ – ١٦١) ، وأنظر أيضاً في الاسم المستعار (préte-nom) المادة ٧٩٩ من تقنين الموجبات والعقود (الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٦٨ – ص ٧١) .

اختصاص أو امتياز ، وهذا ما عنته الفقرة الثانية من النص عند ما قالت : "إلا من كان لهم حق التقدم طبقاً للقانون" . ولكن هذا التقدم لا يستمده الدائن من الضمان العام ، وإنما يستمده من التأمين الخاص ، وبالنسبة إلى العين التي يقع عليها هذا التأمين وحدها .

ولا يكفل الضمان العام حق التتبع لأحد من الدائنين . فإذا باع المدين شيئاً من ماله، خرج هذا المال من الضمان العام ، ولا يستطيع الدائن العادي أن يتتبعه في يد المشترى كما كان يستطيع لو أن له تأميناً خاصاً على المال [1] . فعقد البيع الصادر من المدين يسرى إذن في حق الدائن . وقد حمل ذلك بعض الفقهاء إلى القول بأن الدائن يعتبر خلفاً للمدين ، مادام تصرف المدين ينقص أو يزيد في الضمان العام [2] . والصحيح أن الدائن العادي لا يعتبر خلفاً عاماً ولا خلفاً خاصاً للمدين . وإنما هو ممن يسرى في حقهم تصرف المدين ، باعتبار أن هذا التصرف واقعة مادية (fait materiel) أنقصت أو زادت في ضمانه العام ، لا باعتبار أنه تصرف قانوني (acte juridique) أنشأ حقاً أو التزاماً في جانبه [3] .

والضمان العام الذي للدائن يخول له أن يستأدي حقه من أموال مدينه كما قدمنا . وله أن يتخذ على هذه الأموال طرقاً تحفظية وطرقاً تنفيذية وطرقاً هي وسط ما بين الطرق التحفظية والطرق التنفيذية . وهذه الطرق جميعاً إنما تترتب على هذا الضمان العام ، وتقوم على أساسه ، والغرض منه هو تأكيده وتقويته [4] :

(١) وهذه هي إحدى نتائج نظرية الذمة المالية (patrimoine) ، إذ الذمة المالية هي مجموع الحقوق الموجودة أو التي قد توجد والالتزامات الموجودة أو التي قد توجد لشخص معين . فيستخلص من ذلك أن الذمة مجموع (universalité) من المال . ويترتب على أن الذمة مجموع من المال أن يكون للدائنين حق ضمان عام على هذا المجموع لا على مال معين بالذات . وهذا هو الذي يفسر أن الدائن يستطيع التنفيذ على مال للمدين لم يكن ملكا له وقت نشوء الدين ، فلما دخل في ملكه اندمج في المجموع وأصبح أحد عناصره . ويفسر كذلك أن الدائن لا يستطيع التنفيذ على مال كان ملك المدين وقت نشوء الدين وخرج من ملكه وقت التنفيذ ، لأن هذا المال قد انفصل عن المجموع فلم يعد محسوباً ضمن عناصره (أنظر مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف ١ ص ١٧ هامش رقم ١ — وأنظر جوسران ٢ فقرة ٦٤٩ — ٦٥٠) — ثم أنظر في رفض نظرية الذمة المالية الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٩٥ وكذلك رسالته غير المطبوعة في نظرية الذمة المالية .

(٢) أنظر في هذا المعنى جوسران ٢ فقرة ٦٤٩ ، وتقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٦٨ — وأنظر عكس ذلك كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٢٢ .

(٣) وإذا كان الخلف يسرى في حقه تصرف السلف ، فليس كل شخص يسرى تصرف الغير في حقه يعتبر خلفاً له . وإنما الخلف هو أحد الطوائف المتعددة التي يسرى تصرف الغير في حقها . وكما يسرى التصرف في حق الخلف ، يسري في حق الأصيل وفي حق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير وفي حق الدائن ، وذلك دون أن يعتبر هؤلاء خلفاً .

(٤) أنظر المواد ٢٦٩ — ٢٧١ و ٢٧٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني وقد سبق ذكرها (أنظر آنفاً فقرة ٥٢٤ في الهامش) .

٥٢٥ — الطرق التحفظية والطرق التنفيذية : والأصل أن جميع أموال المدين يجوز التنفيذ عليها ، ومن ثم يجوز أن تتخذ في شأنها إجراءات تحفظية على أن هناك بعضاً من هذه الأموال استثناه القانون [1] . من ذلك أموال نص القانون على عدم جواز النزول عنها للغير ، كحق الاستعمال وحق السكنى (م ٩٩٧ مدني) ، فلا يجوز إذن التنفيذ على هذه الأموال ولا الحجز عليها . ومن ذلك أموال لا يجوز التنفيذ عليها لأسباب إنسانية ترجع إلى الشفقة بالمدين . وقد نصت المادة ٣٠٥ من قانون المرافعات على أنه " لا يجوز الحجز على ما يلزم المدين وزوجه وأقاربه وأصهاره على عمود النسب المقيمين معه في معيشة واحدة من الفراش والثياب وكذلك ما يلزمهم من الغذاء لمدة شهر " . ونصت المادة ٣٠٦ من هذا التقنين على أنه " لا يجوز الحجز على الأشياء الآتية إلا لاقتضاء ثمنها أو مصاريف صيانتها ، أو نفقة مقررة : (١) ما يلزم المدين من كتب وأدوات ومهمات لمزاولة مهنته أو حرفته بنفسه . (٢) إناث الماشية اللازمة لانتفاع المدين في معيشته هو وأسرته وما يلزم لغذاء هذه الماشية لمدة شهر " . وقضت المادة ٣٠٧ على أنه " لا يجوز الحجز على ما يحكم به القضاء من المبالغ المقررة أو المرتبة مؤقتا للنفقة أو للصرف منها في غرض معين ولا على الأموال الموهوبة أو الموصى بها لتكون نفقة إلا بقدر الربع وفقاً لدين نفقة مقررة " . ونصت المادة ٣٠٩ على أنه " لا يجوز الحجز على الأجور والمرتبات إلا بمقدار الربع وعند التزاحم يخصص نصفه لوفاء دين النفقة المقررة والنصف الآخر لما عداه من الديون " . ومن ذلك أيضاً قانون الخمسة أفدنه (القانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ وقد حل محل القانون رقم ٣١ لسنة ١٩١٢) .

وفيما عدا ما تقدم ، يجوز للدائن ، بالنسبة إلى أموال مدينه ، أن يتخذ الطرق التحفظية والطرق التنفيذية .

(١) وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصوصاً تضع قيوداً على حق الدائن في التنفيذ على أموال مدينه ، هي المواد ٣٢٦ — ٣٣٠ من هذا المشروع . وقد حذفت هذه المواد في لجنة مجلس الشيوخ ، اكتفاء بما جاء في تقنين المرافعات في هذا الشأن . ولكن تقنين المرافعات لم يشتمل على هذه المواد جميعاً ، بل أغفل منها المادتين الآتيتين : م ٣٢٧ من المشروع التمهيدي : إذا أثبت المدين أن صافي ما تغله أمواله من إيراد خالص في سنة واحدة يفي بسداد الدين من أصل وفوائد ومصروفات ، وعرض أن يعوض الدائن في استيفاء هذا الإيراد ، جاز إيقاف إجراءات التنفيذ ، على أن يعود إليها الدائن إذا جد ما يحول دون استيفائه حقه . م ٣٢٩ من المشروع التمهيدي : ١ — إذا كان بعض مال المدين يفي بحق الدائن كاملا ، وجب قصر إجراءات التنفيذ على هذا المال . ٢ — ويبدأ الدائن بالمال الذي يكون بيعه أقل كلفة على المدين . (أنظر هذه النصوص ومذكراتها الإيضاحية وأعمالها التحضيرية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٩ — ص ٦٤٦ في الهوامش) .

والطرق التحفظية على نوعين : (١) طرق يتخذها الدائن بالنسبة إلى حقه الذي يريد التنفيذ به ، أي يتخذه في ماله . مثل ذلك أن يقطع التقادم بالنسبة إلى هذا الحق حتى يحفظه من السقوط ، أو أن يقوم بقيد رهن ضامن للحق ، أو بتجديد لقيد هذا الرهن ، أو يطلب تحقيق إمضاء مدينه على سند الدين ، أو نحو ذلك (٢) وطرق يتخذها بالنسبة إلى أموال المدين حتى يحافظ عليها من الضياع ، وهي الضمان العام لحقه كما قدمنا . مثل ذلك أن يضع الأختام عليها عند موت المدين أو إفلاسه ، أو أن يحرر محضر جرد بها ، أو أن يتدخل في إجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه (م ٨٤٢ مدني) ، أو أن يتدخل خصماً ثالثاً في الدعاوى التي ترفع من مدينه أو عليه حتى يرقب سير الدعوى ويمنع تواطؤ المدين مع الخصم إضراراً بحقوقه [١] .

أما الطرق التنفيذية فقد تكفل ببيانها تقنين المرافعات . ولا يجوز التنفيذ إلا اقتضاء لحق محقق الوجود معين المقدار حال الأداء (م ٢٨٠ مرافعات) . ويجب أن يسبق التنفيذ حصول الدائن على سند تنفيذي (titre exécutoire) . والسندات التنفيذية هي الأحكام والأوامر والعقود الرسمية والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة . وقد مر بنا أن الصورة التنفيذية للأوراق الرسمية يجوز التنفيذ بها دون حاجة إلى الحصول على حكم . غير أن هناك فرقاً بين التنفيذ بحكم والتنفيذ بورقة رسمية . فالتنفيذ بالحكم لا يعترضه من الصعاب إلا إشكاليات التنفيذ المعروفة . أما إذا كان التنفيذ بورقة رسمية فيجوز للمدين ، عند المعارضة في التنبيه (commandement) الذي يسبق التنفيذ ، أن يطعن في هذه الورقة بالتزوير أو أن يقدم ضدها من الدفوع الشكلية والموضوعية ما يسمح به القانون ، فيرجع الأمر في النهاية إلى القضاء ، والحكم الذي يصدره القضاء هو الذي يصبح السند التنفيذي بعد ذلك [٢] .

---

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٩٣ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٥٨ — جوسران ٢ فقرة ٦٥٢ — فقرة ٦٥٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٦٤ — فقرة ١٤٨١ .

ويلاحظ أن الدائن يتخذ هذه الإجراءات التحفظية باسمه هو (proprio nominee) لا باسم المدين ، فهو يستعمل حقاً مباشراً له لا حقاً لمدينه . ولما كان الإجراء الذي يتخذه الدائن هو مجرد إجراء تحفظي ، فإنه يجوز له اتخاذه حتى لو كان حقه مقترناً بأجل أو معلقاً على شرط ، بل حتى لو كان حقه احتمالياً على خلاف في الرأي (جوسران ٢ فقرة ٦٥٤) .

(٢) هذا إلى أنه لا يمكن بالورقة الرسمية إلا تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ، أما التنفيذ بطريق التعويض فيقتضي الحصول على حكم لتقدير التعويض إذا لم يكن مقدراً في شرط جزائي . والتنفيذ بالورقة الرسمية لا يمنع من جواز إعطاء المدين مهلة (délai de grâce) لتنفيذ التزامه . أنظر في كل ذلك دي باج ٣ فقرة ١٣٢ .

فإذا ما حصل الدائن على السند التنفيذي أمكنه التنفيذ به على أموال المدين [١] . والتنفيذ يكون عادة بالحجز على هذه الأموال وبيعها . وقد فصل تقنين المرافعات إجراءات التنفيذ على منقولات المدين (م ٣٥٣ — ٣٩٧ مرافعات) ، وحجز ما للمدين لدى الغير (م ٣٢٥ — ٣٥٢ مرافعات) ، والتنفيذ على عقارات المدين (م ٤٠١ — ٤٥٨ مرافعات) . ثم نظم هذا التقنين أيضاً إجراءات توزيع ما ينتج من حجز أموال المدين وبيعها على الدائنين ، سواء كان ذلك عن طريق التقسيم بالمحاصة أو عن طريق التوزيع بحسب درجات الدائنين (م ٤٦٩ — ٤٨٦ مرافعات) .

---

(١) ويوجد إلى جانب الحجوز التنفيذية ، حجوز تحفظية وهذه لا تقتضي الحصول على سند تنفيذي . ومن أهم الحجوز التحفظية حجز ما للمدين لدى الغير حجزاً تحفظياً . وتوجد حجوز تحفظية أخرى تكفل ببيانها تقنين المرافعات . فقد نصت المادة ٣١٦ من هذا التقنين على أن " للدائن أن يوقع الحجز التحفظي على منقولات مدينه في الأحوال الآتية : (١) إذا كان حاملا لكمبيالة أو سند تحت الإذن وكان المدين تاجراً له توقيع على الكمبيالة أو السند يلزمه بالوفاء بحسب قانون التجارة . (٢) في كل حالة يخشى فيها فقد الدائن لضمان حقه .

وقضت المادة ٣١٧ بأن " لمؤجر العقار أن يوقع في مواجهة المستأجر أو المستأجر من الباطن الحجز التحفظي على المنقولات والثمرات والمحاصيل الموجودة بالعين المؤجرة وذلك ضماناً لحق الامتياز المقرر له قانوناً " . ويجوز له ذلك أيضاً إذا كانت تلك المنقولات والثمرات والمحاصيل قد نقلت بدون رضاه من العين المؤجرة ما لم يكن قد مضى على نقلها ثلاثون يوماً .

ونصت المادة ٣١٨ على أن " لمالك المنقول أن يوقع الحجز التحفظي عليه عند حائزه " .

ونصت المادة ٣١٩ بأنه " لا يوقع الحجز التحفظي في الأحوال المتقدمة إلا اقتضاء لحق محقق الوجود وحال الأداء " . وإذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذي أو حكم غير واجب النفاذ أو كان دينه غير معين المقدار ، فلا يوقع الحجز إلا بأمر من قاضي التنفيذ يأذن فيه بالحجز ويقدر دين الحاجز تقديراً مؤقتاً . ويطلب الأمر بعريضة مسببة . ويجب في الحالة المذكورة في المادة السابقة أن تشتمل العريضة على بيان واف بالمنقولات المطلوب حجزها . وللقاضي قبل إصدار أمره أن يجري تحقيقاً مختصراً إذا لم تكفه المستندات المؤيدة للطلب. ويجوز أن يكون أمره بتوقيع الحجز بعد مهلة لا تزيد على ثلاثة أيام من تاريخ هذا الأمر بمصحوب الحجز عليه إلا في الحالة المذكورة في المادة السابقة .

وإذا كانت الدعوى مرفوعة بالحق من قبل أمام المحكمة المختصة جاز طلب الإذن بالحجز من رئيس الهيئة التي تنظر الدعوى .

وتنص المادة ٣٢١ على أنه " إذا كانت الدعوى بالحق مرفوعة من قبل أمام محكمة أخرى قدمت دعوى صحة الحجز إلى نفس المحكمة لتنظر فيهما معاً " .

وتنص المادة ٣٢٢ بأنه " إذا حكم بصحة الحجز تتبع الإجراءات المقررة للبيع في الفصل الأول من الباب الثالث أو يجرى التنفيذ بتسليم المنقول في الحالة المشار إليها في المادة ٣١٨ " .

ونصت المادة ٣٢٤ على أنه " إذا حكم ببطلان الحجز التحفظي أو بإلغائه لانعدام أساسه جاز الحكم على الحاجز بغرامة لا تجاوز عشرين جنيها فضلا عن التعويضات للمحجوز عليه " .

٥٢٦ – طرق وسطى ما بين التحفظية والتنفيذية : قدمنا أن هناك طرقاً وسطاً ما بين التحفظية والتنفيذية . فلا هي مقصورة على مجرد التحفظ على أموال المدين ، كما هو الأمر في الطرق التحفظية ، ولا هي تؤدى مباشرة إلى استيفاء الدائن حقه كما مر الأمر في الطرق التنفيذية . بل هي بين بين . فهي أقوى من الطرق التحفظية إذ هي تمهيد للتنفيذ ، وهي أضعف من الطرق التنفيذية إذ أن التنفيذ يعقبها دون أن تستغرقه [١] .

وهذه الطرق ترد جميعها إلى أصل واحد ، هو المبدأ العام الذي تقدم ذكره من أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته . فهذا الضمان العام يخول للدائن أن يرقب أموال المدين ، ما دخل منها في ذمة المدين وما خرج ، حتى يأمن على ضمانه من أن ينتقصه غش المدين أو تقصيره . وهذه الطرق من مباحث القانون المدني لا من مباحث قانون المرافعات ، لأنها تتفرع مباشرة عن مبدأ الضمان العام للدائنين كما سبق القول .

وقد عدد التقنين المدني الجديد منها خمسة : دعاوى ثلاثاً وطريقين آخرين استحدثهما هذا التقنين .

أما الدعاوى الثلاث فهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية. ففي الأولى يدفع الدائن عن نفسه نتائج تهاون المدين أو غشه إذا سكت هذا عن المطالبة بحقوقه لدى الغير ، فيباشر الدائن بنفسه حقوق مدينه نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة ، وبذلك يحافظ على ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ بحقه بعد ذلك . وفي الثانية – الدعوى البوليصية – يدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين إذا عمد هذا إلى التصرف في ماله إضراراً بحق الدائن ، فيطعن الدائن في هذا التصرف ليجعله غير نافذ في حقه ، فيعود المال إلى الضمان العام تمهيداً لتنفيذ عليه . وفي الثالثة – دعوى الصورية – يدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين أيضاً إذا عمد هذا التظاهر بالتصرف في ماله ليخرجه من الضمان العام بتصرف صوري ، فيطعن الدائن في هذا التصرف بالصورية حتى يكشف عن حقيقته ، ويستبقى بذلك مال المدين في ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ عليه بحقه. فالدائن في هذه الدعاوى الثلاث إما أن يبقى في ضمانه العام ما كاد أن يخرج بالدعوى غير المباشرة ، وإما أن يعيد ما خرج بالدعوى البوليصية ، وإما أن يستبقي ما لم يخرج إلا ظاهراً بدعوى الصورية . ونرى من ذلك أن هذه الدعاوى الثلاث تتركز كلها في فكرة الضمان العام للدائنين [٢] .

---

(١) بلانيول و ريبير وردوان ٧ فقرة ٨٩٣ ص ٢٢٧ – جوسران ٢ فقرة ٦٥٩ – دي باج ٣ فقرة ١٧٧ .

(٢) وكان المشروع التمهيدي يشتمل على نص ، هو المادة ٣١٣ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : " يجوز لدائن ، بما له من الحق في أموال مدينه ، أن يستعمل حقوق هذا المدين . وله أيضاً أن يطعن في تصرفاته إذا انطوت على الغش أو كانت صورية . وعليه أن يراعى في كل ذلك القواعد المنصوص

وهناك طريق رابع استحدث فيه التقنين المدني تجديداً ، هو حق الدائن في حبس مال المدين . وهذا أيضاً إجراء ما بين التحفظي والتنفيذي . فهو أقوى من التحفظي لأن الدائن إنما يتخذه تمهيداً للتنفيذ بحقه ، وهو أضعف من التنفيذي لأن الدائن لا يستطيع الوقوف عند حبس مال المدين ليستوفى حقه بل عليه بعد ذلك أن يتخذ إجراءات التنفيذ على المال المحبوس .

ويلاحظ أن هذه الطرق الأربعة – الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية والحق في الحبس – كلها إجراءات فردية ، يتخذها كل دائن بمفرده ولحسابه الشخصي . ثم هي إجراءات ليس من شأنها أن تغل يد المدين عن ماله ، فلا يزال المدين يستطيع التصرف فيه ، ومباشرة جميع حقوقه عليه .

والطريق الخامس هو أيضاً إجراء فردي ، يتخذه أي دائن بمفرده ، ولكنه إجراء من شأنه أن يغل يد المدين عن ماله ، وذلك هو شهر إعسار المدين . فقد تكفل التقنين الجديد – على خلاف التقنين السابق وأكثر التقنينات اللاتينية – بتنظيم إجراءات هذا الإعسار ، حتى يستطيع الدائن من وراء ذلك أن يستوفى حقه من أموال مدينه دون أن يخشى غش المدين أو تهاونه . فإجراءات الإعسار هي أيضاً تقوم على فكرة الضمان العام للدائنين ، وهي إجراءات أقوى من الإجراءات التحفظية إذ هي تغل يد المدين عن التصرف في ماله ، وأضعف من الإجراءات التنفيذية إذ لا تكفى وحدها للوفاء بحق الدائن ، بل لا بد للدائن من اتخاذ إجراءات تنفيذية لاستيفاء هذا الحق من أموال المدين الذي شهر إعساره .

فنبحث إذن في فصول متعاقبة هذه الطرق الخمسة :

(١) الدعوى غير المباشرة (action oblique, indirecte) وتذيلها بالدعوى المباشرة (action directe) .

(٢) الدعوى البوليصية (action paulienne, révocatoire) .

= عليها في المواد الآتية " . وجاء في المذكرة الإيضاحية في صدد هذا النص : " يترتب على ضمان أموال المدين لحقوق دائنيه ، وفقاً للمبدأ الذي تقدمت الإشارة إليه ، أثر عمل بالغ الأهمية . وهذا الأثر بذاته يعتبر بمنزلة الأصل والعلة من دعاوى ثلاث ، شرعت لتتيح لكل دائن من الدائنين أن يدرأ عن حقوقه ما قد ينالها من جراء إهمال المدين أو سوء نيته : وهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية . فالدائن إذا استعمل حقوق مدينه ، أو طعن في تصرفاته المقصودة إضراراً به ، حقيقية كانت تلك التصرفات أو صورية ، لا ينتهي نشاطه إلا إلى المحافظة على أموال هذا المدين ، وهي قوام ما كفل له القانون من ضمان " .

وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص ، لأنه مجرد تعداد لما سيأتي (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٧ هامش رقم ١) .

(٣) دعوى الصورية (action en simulation) .

(٤) الحق في الحبس (droit de rétention) .

(٥) الإعسار (déconfiture) .

الفصل الأول

الدعوى غير المباشرة * والدعوى المباشرة

(Action oblique, indirecte, subrogatoire - Action directe)

٥٢٧ – خطة البحث : نبحث : (أولا) شروط الدعوى غير المباشرة . (ثانياً) ما يترتب عليها من آثار . (ثالثاً) الدعوى المباشرة .

الفرع الأول

شروط الدعوى غير المباشرة

٥٢٨ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٣٥ من التقنين المدني على ما يأتي:

" ١ – لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء ، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان متصلا منها بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز " .

" ٢ – ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا ، إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق ، وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد في هذا الإعسار . ولا يشترط إعذار المدين لاستعمال حقه ، ولكن يجب إدخاله خصما في الدعوى [1] " .

---

* مراجع في الدعوى غير المباشرة : لابيه (Labbé) في استعمال الدائن لحقوق المدين (مقال في المجلة الانتقادية سنة ١٨٥٦ – بسك (Bosc) بحث في حق الدائنين في استعمال دعاوى مدينهم رسالة من أكس سنة ١٩٠٢ – ديبه (Dubey) في الدعوى غير المباشرة رسالة من ديجون سنة ١٩٣٦ ...

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣١٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة " وأن عدم استعماله لها " الواردة في الفقرة الثانية فقد كانت في المشروع التمهيدي " وأن إهماله في ذلك " . وفي لجنة المراجعة استبدلت العبارة الأولى بالعبارة الثانية وأصبح رقم المادة ٢٤٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٧ و ص ٦٠٩ – ص ٦١٠) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٤١/٢٠٢ [1] .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٢٣٦ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٦١ ، وفي التقنين المدني الليبـــي المادة ٢٣٨ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٧٦ الفقرات ١ و ٢ و ٣ [2] .

---

(١) كانت المادة ١٤١/٢٠٢ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " لا تترتب على المشارطات منفعة لغير عاقديها ، إلا لمداينى العاقد ، فإنه يجوز لهم بمقتضى ما لهم من الحق على عموم أموال مدينهم أن يقيموا باسمه الدعاوى التي تنشأ عن مشارطاته أو عن أي نوع من أنواع التعهدات ما عدا الدعوى الخاصة بشخصه " .

وشروط الدعوى غير المباشرة في التقنين المدني الجديد لم تتغير عما كانت عليه في التقنين المدني السابق . ولكن نص التقنين الجديد أشد دقة وأوسع تفصيلا من الوجوه الآتية : ١ – لم يجعل التقنين الجديد ، كما فعل التقنين السابق ، الدعوى غير المباشرة استثناء من قاعدة عدم سريان العقد في حق الغير . وجعلها استثناء من هذه القاعدة خطأ واضح ، وقع فيه التقنين السابق على غرار التقنين المدني الفرنسي. ٢ – قصر التقنين السابق حقوق المدين التي يستعملها الدائن على الدعاوى التي تنشأ عن المشارطات أو عن أي نوع من أنواع التعهدات ، والصحيح أن الدائن له أن يستعمل جميع حقوق المدين ، شخصية كانت أو عينية ، دعاوى أو حقوقاً أو مجرد إجراءات كما سنرى . ٣ – جاء التقنين الجديد أكثر تفصيلا لشروط الدعوى غير المباشرة ، فنص صراحة على وجوب أن يثبت الدائن أن المدين لم يستعمل حقوقه ، وأن عدم استعماله لها (وهذا كاف لإثبات الإهمال) من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد في هذا الإعسار . واستبعد بنص صريح من شروط الدعوى غير المباشرة إعذار المدين وأن يكون حق الدائن مستحق الأداء ، لكنه اشترط إدخال المدين خصما في الدعوى (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٨ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٣٦ : (مطابقة للمادة ٢٣٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٦١ : مطابقة للمشروع التمهيدي للمادة ٢٣٥ من التقنين المدني المصري – ولا فرق في الحكم) .

التقنين المدني الليبـــي م ٢٣٨ : (مطابقة للمادة ٢٣٥ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧٦ فقرات ١ و ٢ و ٣ : يحق للدائنين أن يستعملوا باسم مديونهم جميع الحقوق وأن يقيموا جميع الدعاوى المختصة به ، ما خلا الحقوق والدعاوى المتعلقة بشخصه دون سواه، ولا سيما الحقوق والدعاوى التي يخرج موضوعها عن دائرة ارتهانهم – غير أنهم لا يستطيعون أن يتذرعوا بهذا الامتياز ليقوموا مقامه في إدارة مملوكه ، فهو يبقى متسلما زمام إدارته بالرغم من سوء حالة أشغاله – ويجوز للدائنين أن يداعوا مباشرة عن مديونهم بدون أن يجروا مقدماً أية معاملة للحلول محله في الحقوق والدعاوى المختصة به ، وإن كانوا لا يملكون سندا تنفيذيا ، ولكنهم لا يستطيعون الشروع في تنفيذ المداعاة إلا إذا كان دينهم مستحق الأداء .

ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين اللبناني والمصري – رغم اختلاف العبارة والأسلوب – إلا في شيء واحد : صرح التقنين المصري أن الدائن يستعمل حقوق مدينه ولو لم يكن حقه هو مستحق الأداء ، وصرح التقنين اللبناني ، على النقيض من ذلك ، أن الدائن يجب أن يكون حقه مستحق الأداء حتى يستطيع أن يستعمل حقوق مدينه (أنظر في شرح التقنين اللبناني للدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٥٥ – ص ٦٠) .

٥٢٩ – الفكرة الأساسية في شروط الدعوى غير المباشرة هي وجود مصلحة مشروعة للدائن : ويبين النص المتقدم الشروط الواجب توافرها لاستعمال الدعوى غير المباشرة . والفكرة الأساسية التي ترد إليها هذه الشروط جميعاً هي وجود مصلحة مشروعة للدائن . ومصلحة الدائن المشروعة هي التي تبرر نيابته عن المدين ، وهذه هي الفكرة الأساسية الأخرى التي ترد إليها آثار الدعوى غير المباشرة ، فعلى هاتين الفكرتين الأساسيتين – وجود مصلحة مشروعة للدائن ونيابة الدائن عن المدين – تدور جميع القواعد المتعلقة بالدعوى غير المباشرة .

وشروط الدعوى غير المباشرة بعضها يرجع إلى الدائن ، وبعضها يرجع إلى المدين، وبعضها يرجع إلى الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين .

المبحث الأول

الشروط التي ترجع إلى الدائن

٥٣٠ – لا يشترط في الدائن إلا أن يكون له حق موجود : الشرط الوحيد في الدائن هو أن يكون له حق موجود (certain) ، وهذا هو أدنى المراتب في الدائن ، فلو كان حقه احتمالياً (éventual) كحق الوارث قبل موت المورث ، أو كان حقه غير خال من النـــزاع (litigieux) ، فإن دائنيته لا تكون محققة . ومن ثم لا يستطيع استعمال حقوق مدينه إلا إذا انقلب حقه المحتمل إلى حق موجود ، أو أصبح حقه المتنازع فيه خالياً من النـــزاع [1] .

ويلاحظ أن حق الدائن إذا كان مقروناً بأجل أو معلقاً على شرط – سواء كان الأجل أو الشرط فاسخاً أو واقفاً . فإنه يكون مع ذلك موجوداً ، فيجوز للدائن استعمال حقوق مدينه . أما الحق المقرون بالأجل فظاهر ، لأن الحق يكون موجوداً بالرغم من قيام الأجل ، والأجل إنما ينصب على استحقاق الأداء دون وجود الحق ذاته. وأما الحق المعلق على شرط ، ولو كان الشرط واقفاً ، فإنه ليس بالحق الاحتمالي ، بل هو حق له وجود قانوني يعتد به ، فيجوز لصاحبه أن يستعمل حقوق مدينه . والحق المؤجل أو المعلق على

(١) بأن سلم المدين أو الخصم المرفوع عليه الدعوى باسم المدين بحق الدائن ، أو نازعا فيه وفض النـــزاع لمصلحة الدائن (قارن استئناف مختلط ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦) .

شرط حق موجود ، وإن كان غير مستحق الأداء ، واستحقاق الأداء ليس بشرط كما سنرى [1] .

٥٣١ – فلا يشترط في حق الدائن أن يكون قابلا للتنفيذ أو مستحق الأداء أو معلوم المقدار : انعقد إجماع القضاء والفقه في فرنسا ، وكذلك في مصر في عهد التقنين المدني السابق ، على أنه يشترط في الدائن حتى يستعمل حقوق مدينه أن يكون حقه هو مستحق الأداء [2] (exigible) . وقد كنا في عهد التقنين المدني

(١) وقد يقال أنه لا محل في الدعوى غير المباشرة للكلام في الحق المؤجل ، فإن هذا الحق بحكم إعسار المدين – والإعسار شرط في الدعوى غير المباشرة – يصبح مستحق الأداء ، إذ الإعسار يسقط الأجل . وهذا يكون صحيحاً لو أن الإعسار الذي يسقط الأجل هو نفس الإعسار المشروط في الدعوى غير المباشرة . ولكننا سنرى أن الأجل لا يسقط إلا بشهر إعسار المدين بشروط وإجراءات معينة وبمقتضى حكم يصدر بشهر الإعسار ، أما الإعسار في الدعوى غير المباشرة فيكفي لتحققه أن تزيد ديون المدين على حقوقه دون حاجة إلى صدور حكم بذلك .

(٢) وقد بسطنا هذا الرأي في كتابنا " نظرية العقد " على الوجه الآتي : " ولكن الرأي السائد في فرنسا وفي مصر (في عهد التقنين المدني السابق) غير ذلك كما قدمنا . وهو يقضي بأن يكون الحق مستحق الأداء أي أنه يكون خالياً من النـــزاع مقدراً حالا ، ولا يكفي خلوه من النـــزاع . وهذا الرأي يستخلصه الفقهاء عامة من مناقشة طبيعة الدعوى غير المباشرة ، وهل تدخل هذه الدعوى في الإجراءات التحفظية أو في الأعمال التنفيذية ؟ ويخلصون من هذه المناقشة إلى أنها ليست من الأعمال التنفيذية لأن الدائن وهو يستعملها لا ينفذ على أموال مدينه . وهي ليست كذلك من الإجراءات التحفظية ، لأن الدائن يتدخل في شؤون المدين ، ويزيد في ماله في بعض الفروض ، ولا يكتفي بالمحافظة على الموجود منه في الحالة التي هو عليها كما هو الأمر في الإجراءات التحفظية . فالدعوى غير المباشرة إذن هي بين بين ، فهي أقوى من إجراء تحفظي وأضعف من عمل تنفيذي . ولذلك لا يكفي في الدائن أن يكون حقه خالياً من النـــزاع كما يكفي ذلك في الإجراءات التحفظية ، ولا يشترط أن يكون حقه قابلا للتنفيذ كما يشترط ذلك في الأعمال التنفيذية . بل يجب أن يكون الحق مستحق الأداء ، حتى يرتفع عن مرتبة الإجراءات التحفظية دون أن يسمو إلى مرتبة الأعمال التنفيذية . والأهمية العملية لهذا الرأي أن هناك دائنين حقوقهم خالية من النـــزاع ولكنها غير مقدرة ، كدائن بتعويض لم يتم تقديره ، أو هي غير مستحقة الأداء ، كدائن حقه معلق على شرط موقف أو مقرون بأجل موقف ، يكونون طبقاً لما تقدم غير قادرين على استعمال حقوق مدينهم " (نظرية العقد فقرة ٧١٧ ص ٧٥٥) .

أنظر : ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٠ – فقرة ١٠١ – لوران ١٦ فقرة ٣٩٣ – فقرة ٣٩٥ – هيك ٧ فقرة ١٨٦ – أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٢ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٢٩ – ديموج ٧ فقرة ٩٦٢ وفقرة ٩٨٦ ص ٣٦١ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٢ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٢٦ وقارن فقرة ٦٢٧ – جوسران ٢ فقرة ٦٦٩ – نقض فرنسي ٢٦ يوليو سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٤ – ١ – ٣٣ – ٢٥ مارس سنة ١٩٢٤ سيريه ٢٤ – ١ – ٦٧ – دي هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٩ – هالتون ١ ص ٣٤٠ – والتون ٢ ص ٩٨ – محمد صالح فقرة ٥٩ – فتحي زغلول ص ٣٧٣ . وأنظر أيضاً تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧٦ فقرة ٣ ، وهي تشترط صراحة أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

السابق لا نذهب إلى ما ذهب إليه الجمهور في هذه المسألة . وكنا نرى أنه لا يشترط في استعمال الدائن لحقوق مدينه أن يكون حقه مستحق الأداء أو معلوم المقدار [1] . ويقول بهذا الرأي في فرنسا – على خلاف الإجماع – الأستاذان كولان وكابيتان ، فهما يذهبان إلى أنه يكفي أن يكون حق الدائن خالياً من النـزاع ، وهذا هو الشرط الوحيد الذي تقتضيه القواعد العامة . والدائن الذي يكون حقه غير معلوم المقدار – كالمضرور في عمل غير مشروع – أو يكون حقه غير مستحق الأداء – كالدائن لأجل أو بشرط – له مصلحة مشروعة في استعمال حقوق مدينه [2] .

ومهما يكن من شك في هذه المسألة في عهد التقنين المدني السابق ، فقد أزال التقنين المدني الجديد كل شك ، إذ ذكر صراحة في المادة ٢٣٥ أنه لا يشترط في الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء [3] . ومادام لا يشترط في الحق أن يكون مستحق الأداء ، فلا يشترط فيه كذلك أن يكون معلوم المقدار ، ومن باب أولى لا يشترط فيه أن يكون ثابتاً في سند قابل للتنفيذ [4] .

٥٣٢ – أي دائن حقه موجود يستطيع استعمال حقوق مدينه :

يخلص مما تقدم أن الشرط الوحيد الواجب توافره في الدائن هو أن يكون حقه موجوداً . وأي دائن حقه موجود يستطيع استعمال حقوق مدينه .

لا فرق في ذلك بين دائن عادي أو دائن مرتهن أو دائن له حق امتياز [5] . ويلاحظ أن الدائن إذا كان له تأمين عيني – رهن أو امتياز أو نحو ذلك – فإنه يثبت له بذلك صفتان: (أولا) صفته باعتباره ذا تأمين عيني ، وهو من هذه الناحية يتركز حقه في العين محل التأمين فيكون له عليها حق تقدم وحق تتبع . (ثانيا) صفته باعتباره دائناً شخصياً ، وهو من

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٧ ص ٧٥٥ – ص ٧٥٦ – أنظر أيضاً في هذا المعنى : عبد السلام ذهني فقرة ٣٣٠ – محمد صادق فهمي فقرة ٤٥٤ – أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٢٧ ص ٤٧٠ – استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ .

(٢) كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٣٥ ص ٣١٧ – ويذهب أوبري ورو إلى عدم اشتراط استحقاق الدين إذا كان الغرض الوحيد من رفع الدعوى غير المباشرة هو مجرد المحافظة على أموال المدين (أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٠ – ص ١٨١ – وأنظر أيضاً بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٢٧ – وأنظر المادة ١٠٦ من المشروع الفرنسي الإيطالي وهي تخول للدائن المقترن حقه بأجل أن يستعمل الدعوى غير المباشرة) .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٣ – ص ٦٠٤ و ص ٦٠٨ – ص ٦٠٩ .

(٤) استئناف مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٤٢٠ ص ٩١١ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٠٣ ص ١٣٢ .

(٥) استئناف مختلط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٦ .

هذه الناحية ينطبق عليه ما ينطبق على سائر الدائنين الشخصيين . فالدائن المرتهن مثلا يتكو[ن] ضمانه من عنصرين : الشيء المرهون وهو ضمان خاص له ، وبقية أموال المدين وهي ضمان عام له ولسائر الدائنين ، فيتأثر بعقود مدينه التي تزيد في هذه الأموال أو تنقص منها فله إذن أن يستعمل حقوق مدينه وأن يطعن في تصرفاته بالدعوى البوليصية ودعوى الصورية ، شأنه في ذلك شأن كل دائن شخصي [1] .

ولا فرق كذلك بين دائن حقه نقد ودائن حقه عين ودائن حقه عمل أو امتناع عن عمل ، فالكل سواء في استعمال حقوق المدين [2] .

ولا فرق أخيراً بين ما إذا كان مصدر هذا الحق تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية ، فالبائع دائن بالثمن ، والمضرور دائن بالتعويض ، والمفتقر دائن للمثري بلا سبب ، وكل هؤلاء يجوز لهم أن يستعملوا حقوق مدينيهم [3] .

٥٣٣ – ولا يشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على حق المدين

وليس من الضروري أن يكون حق الدائن سابقاً على حق المدين الذي يستعمله الدائن وذلك بخلاف الدعوى البوليصية حيث تشترط أسبقية حق الدائن على تصرف المدين المطعون فيه . وذلك أنه في الدعوى البوليصية ، كما سنرى لا يكون تصرف المدين ضار[اً] بالدائن إلا إذا كان هذا التصرف قد صدر من المدين بعد ثبوت حق الدائن. أما في الدعوى غير المباشرة ، فإنه سواء كان حق المدين الذي يستعمله الدائن قد ثبت بعد ثبوت حق الدائن أو قبل ذلك ، فهو في الحالتين داخل في الضمان العام للدائن ، وله إذن أن يستعمل[ه] باسم المدين [4] .

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٠٩ ص ٧٤٦ هامش رقم ٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان من يشترى عقاراً بعقد غير مسجل يعتبر دائناً للبائع في التزامه بنق[ل] الملكية الناشئ عن عقد البيع غير المسجل ، كان له الحق قانوناً في أن يرفع باسم البائع له الدعوى على م[ن] اشترى منه هذه البائع الأطيان التي باعها بعقد هو أيضاً غير مسجل ، طالباً إليه تنفيذ التزامه بنقل الملكية أو بعبارة أخرى أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع الصادر لهذا البائع توطئة للحكم بصحة عقده هو (نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩ ص ٣١٧ – ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر رقم ١٢٢ ص ٣٣٠) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشترى الذي يستحق المبيع في يده له أ[ن] يستعمل حق مدينه البائع في الرجوع بالضمان على بائع البائع (٩ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ – فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤) .

(٣) ديموج ٧ فقرة ٩٦ .

(٤) لوران ١٦ فقرة ٣٩٦ – ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٩ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٣٠ – ديموج ٧ فقرة ٩٦٠ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٤ – جوسران ٢ فقرة ٦٧٠ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٧ ص ٧٥٦ هامش رقم ٢ .

كذلك للدائن أن يطعن باسم المدين بالبطلان أو بالفسخ أو بنحو ذلك في عقود صدرت من المدين ، حتى لو كانت هذه العقود قد صدرت قبل ثبوت حق الدائن [1] .

ويبني على ما تقدم أنه لا يشترط أن يكون لحق الدائن تاريخ ثابت ، فسواء تقدم هذا التاريخ أو تأخر ، فإن هذا لا يمنعه من استعمال حقوق مدينه [2] .

٥٣٤ – ولا يشترط ألا يكون للدائن طريق آخر سوى الدعوى غير المباشرة :

غير المباشرة : وليست الدعوى غير المباشرة دعوى احتياطية (action subsidiaire) لا يجوز للدائن أن يلجأ إليها إلا إذا لم يكن أمامه طريق آخر [3] . بل يصح أن يكون للدائن طرق شتى ، فيعدل عنها إلى الدعوى غير المباشرة .

قد يكون للدائن دعوى مباشرة يستطيع أن يستغني بها عن الدعوى غير المباشرة ، كالمشترى من المشترى يستطيع أن يرفع دعوى ضمان مباشرة على البائع باعتبار أن هذه الدعوى انتقلت إليه من سلفه من الشيء المبيع ، ولكن هذا لا يمنعه من رفع دعوى الضمان على البائع باسم المشترى مدينه [4] .

كذلك للمؤجر أن يرفع دعوى مدينه المستأجر على المتنازل له عن الإيجار أو المستأجر من الباطن لاستيفاء الأجرة ، ولو أن له أن يرفع دعوى مباشرة على كل من هذين [5] .

وقد يستعمل المحال له حق المحيل قبل المحال عليه مع أن له دعوى مباشرة [6] .

ولا يشترط أيضاً في رفع الدعوى غير المباشرة أن يقوم الدائن بإجراءات كان على المدين أن يقوم بها لو باشر الدعوى بنفسه ، كما إذا كان المدين قاصراً ووجب عليه أخذ

(١) لوران ١٦ فقرة ٣٩٦ – ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٩ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٣٠ .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٣٩٦ – ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٩ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٣٠ ص ٦٣٧ هامش رقم ١ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٧ ص ٧٥٦ هامش رقم ٢ .

(٣) كذلك لا يستطيع الخصم في الدعوى غير المباشرة أن يطلب من الدائن تجريد المدين قبل أن يستعمل باسمه حقه (ديموج ٧ فقرة ٩٦٩) .

(٤) استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٥ – ٩ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ .

(٥) أنظر المادة ٥٩٦ من التقنين المدني – كتاب الإيجار للمؤلف فقرة ٤٢٧ – محكمة مصر المختلطة الابتدائية ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ رقم ٢٦٤ ص ٢٦٥ – لوران ١٦ فقرة ٣٨٩ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٣١ – ديموج ٧ فقرة ٩٦٩ – عكس ذلك بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١١ .

(٦) ولكن ذلك يكون في العالب – وفي عهد التقنين المدني السابق – إذا لم تتم الحوالة بقبول المحال عليه في التقنين الأهلي ، فعند ذلك يلجأ المحال له إلى الدعوى غير المباشرة (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٢٦١ ص ٢٢٧) .

إذن من محكمة الولاية على المال أو الحصول على إجازة الولي أو الوصي . فما دام الدائن كامل الأهلية ، فإنه يستطيع أن يرفع الدعوى دون القيام بشيء من هذه الإجراءات . ولكن لما كان لا بد من إدخال المدين في الدعوى كما سنرى ، فإنه يجب اتخاذ هذه الإجراءات عند إدخاله [1] .

٥٣٥ – ولا يشترط أن يحصل الدائن على إذن من القضاء بحلوله محل المدين :

محل المدين : كذلك لا يشترط أن يحصل الدائن من القضاء على إذن بحلوله محل المدين . ذلك أن نيابته عن المدين إنما يستمدها من القانون كما سنرى ، فهو في غير حاجة إلى أن يستمد نيابته من القضاء [2] . هذا إلى أن الإذن القضائي بالحلول لم يرد فيه نص [3] ، وطبيعة الدعوى لا تقتضيه [4] ، ومن ثم لا ضرورة لإذن قضائي بالحلول إذا أراد الدائن أن يوقع باسم مدينه حجزاً تحفظياً على ما لمدين مدينه لدى الغير [5] .

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٩ – هيك ٧ فقرة ٢٠٢ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٣٦ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٣ – فارن دي باج ٣ فقرة ١٩٦ – عكس ذلك لوران ١٦ فقرة ٣٨٧ – هذا ولا شك في أن عدم قيام الدائن بالإجراءات التي كان على المدين أن يتخذها لو باشر الدعوى بنفسه يخالف مبدأ نيابة الدائن عن المدين ، فمن مقتضيات النيابة البحث عن الأهلية في شخص الأصيل وهو هنا المدين لا في شخص النائب وهو الدائن . ولكننا أمام نيابة قانونية من نوع خاص ، يميزها أنها نيابة في مصلحة النائب لا في مصلحة الأصيل ، وقد اقتضت هذه النيابة دخول الأصيل في الدعوى مع النائب وهذا أيضاً يخالف المبادئ المعروفة في النيابة (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٥٤ هامش رقم ٥) .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٣٩٧ – ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٦ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٣٤ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٤ – ديموج ٧ فقرة ٩٦٥ – جوسران ٢ فقرة ٦٧٠ – أنظر عكس ذلك كولمبه دي سانتير ٥ فقرة ٨١ مكررة – أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ هامش رقم ٤ (ولكنهما – ص ١٨٠ و ص ١٨٢ – لا يشترطان الإذن بالحلول إذا كان الغرض الوحيد للدائن من الدعوى غير المباشرة مجرد المحافظة على أموال المدين) .

(٣) وذلك كالنص الذي ورد في المادة ٧٨٨ من التقنين المدني الفرنسي ، وهي تقضي بوجوب حصول الدائن على إذن قضائي للحلول محل مدينه في قبول ميراث لهذا المدين (أنظر بودري وبارد ١ فقرة ٦٣٤ ص ٦٤٠) .

(٤) وقد نصت المادة ٢٧٦ فقرة ٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني صراحة على عدم اشتراط حصول الدائن على إذن قضائي في الحلول محل المدين – على أن الإذن القضائي بالحلول لم يعد له مقتضى مادام لا بد من إدخال المدين في الدعوى (أنظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٤ ص ٢٤٦) .

(٥) ولما كان من القواعد المقررة في حجز ما للمدين لدى الغير أنه لا يجوز للدائن أن يحجز ما لمدين مدينه لدى مدين من الدرجة الثالثة ، أي أنه لا يجوز أن يتوسط بين الدائن الحاجز والمدين المحجوز لديه إلا مدين واحد محجوز عليه ، كان من الممكن أن يشتبه الأمر في الدعوى غير المباشرة ، فلا تعطى للدائن يحجز باسم مدينه على ما لمدين هذا المدين لدى الغير ، حتى لا يكون هناك حجز لدى الغير يتوسط فيه بين الدائن الحاجز والمدين المحجوز لديه مدينان محجوز عليهما لا مدين واحد . إلا أن هذه الشبهة تزول إذا لاحظنا أن =

وقد خلص لنا مما تقدم أنه لا يشترط في الدائن إلا أن يكون حقه موجوداً . وغني عن البيان أن هذا الحق يجب أن يبقى موجوداً مادام الدائن يستعمل حقوق مدينه ، فإذا وفى الخصم في الدعوى غير المباشرة للدائن حقه ، فقد هذا صفته كدائن ولم تعد له مصلحة في الاستمرار في استعمال حقوق مدينه [1] .

المبحث الثاني

الشروط التي ترجع إلى المدين

٥٣٦ – شروط ثلاثة يجب توافرها في المدين : الأصل في استعمال الدائن لحقوق مدينه هو أن يكون له في ذلك مصلحة مشروعة عاجلة كما قدمنا ، وهذه المصلحة هي التي تبرر ثبوت النيابة القانونية للدائن ، فلو لم تكن هناك مصلحة مشروعة عاجلة لما كان هناك محل لتحتيم هذه النيابة على المدين [2] .

ولا توجد مصلحة مشروعة عاجلة للدائن إلا إذا توافر في المدين شرطان : (١) ألا يكون عنده أموال كافية لسداد حق الدائن إذا فات عليه الحق الذي يريد الدائن استعماله، أي أن يكون فوات هذا الحق على المدين سبباً في إعساره أو في زيادة إعساره. (٢) أن يكون مقصراً في عدم استعمال حقه بنفسه .

يضاف إلى هذين الشرطين شرط ثالث بصريح النص ، هو إدخال المدين خصماً في الدعوى [3] .

٥٣٧ – فوات الحق على المدين يكون سبباً في إعساره أو في زيادة إعساره : ذلك أنه لو كان عند المدين مال آخر يستوفي منه الدائن حقه ، لما جاز لهذا الدائن أن يستعمل حقاً للمدين لا مصلحة له في استعماله ، مادام يستطيع استيفاء حقه من غير هذا الطريق ، ومن ثم قضت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ ، على ما رأينا ، بوجوب أن

= الدائن الذي يستعمل حق مدينه في توقيع الحجز تحت يد الغير إنما يستعمل هذا الحق باسم مدينه ، فهو ومدينه في هذا الحجز شخص واحد ، فلا يتوسط بينهما وبين المدين المحجوز لديه إلا مدين واحد محجوز عليه ، هو في هذه الحالة مدين المدين .

(١) دي باج ٣ فقرة ٢٠١ .

(٢) استئناف مختلط ١٠ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٣ .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٩ .

يثبت الدائن أن عدم استعمال المدين لحقه بسبب إعساره أو يزيد في هذا الإعسار . والمراد بالإعسار هنا هو الإعسار الفعلي ، بأن تزيد ديون المدين على حقوقه ، لا الإعسار القانوني الذي يستلزم حكماً بشهره بشروط وإجراءات معينة .

ونرى مما تقدم أن عبء الإثبات يقع على الدائن لا على المدين . وليس المدين ملزماً أن يثبت أن عدم استعماله لحقه لا يسبب إعساره أو لا يزيد في هذا الإعسار ، بل الدائن هو الذي عليه أن يثبت أن هذا الحق – ولنفرض أنه عين مملوكة للمدين في حيازة شخص آخر كاد أن يتملكها بالتقادم – لو ترك في يد الحائز فتملكه بالتقادم ، لما وجد الدائن مالا آخر للمدين يستطيع أن ينفذ عليه ، أو أن ما يجده من مال للمدين لا يكفي للوفاء بحقه . ويستوي أن تكون هذه العين كافية للوفاء بحق الدائن ، وهنا يكون فوات العين على المدين سبباً في إعساره ، أو أن تكون غير كافية إلا للوفاء ببعض الحق ، وهنا يكون فوات العين على المدين سبباً في زيادة إعساره ، ففي جميع هذه الأحوال يجوز للدائن أن يقطع التقادم باسم المدين ، وأن يرفع باسم المدين كذلك دعوى الاستحقاق ضد الحائز ، وذلك حتى لا تخرج العين من مال المدين فيستطيع الدائن أن يستوفي منها حقه أو بعض حقه . ولو لم يمكن القانوني الدائن من ذلك ، فملك الحائز للعين بالتقادم ، لكان هذا سبباً في وقوع الضرر بالدائن من جراء تقصير المدين في المحافظة على أمواله [1] .

٥٣٨ – تقصير المدين في عدم استعماله حقه بنفسه : ولا يكفي أن يكون عدم استعمال المدين لحقه سبباً في إعساره أو زيادة إعساره ، بل يجب أيضاً أن يكون المدين مقصراً في عدم استعمال حقه بنفسه . أما إذا نشط وأراد أن يباشر بنفسه استعمال حقه، حتى بعد أن يكون الدائن قد باشر استعمال الحق بالنيابة عنه ، فإنه يستطيع أن يفعل . ويجب في هذه الحالة على الدائن أن يمتنع عن المضي في الإجراءات التي بدأها ، وأن يترك إتمامها للمدين [2] . وكذلك الحال لو أن المدين ، عندما أدخل في الدعوى ، عمد إلى

(١) استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٧١ – ١٠ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٣ – ١٥ يونية سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٣ – هالتون ١ ص ٣٤٠ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢١١ – ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٤ – ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ – ٢١ يونية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٨ – ٤ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٨٧ – ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٨ – ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ – مصر الكلية المختلطة ٥ فبراير سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ١٣٧ ص ٦٠ – ١٥ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ٤ ص ٧ – قارن استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٥ .

مباشرة حقه بنفسه واتخذ موقفاً إيجابياً في ذلك ، ولم يكتف بأن يكون موقفه سلبياً من الخصومة تاركاً للدائن عبء مباشرة الحق [1] .

وفي حالة ما إذا باشر المدين حقه بنفسه ، ولم يكن الدائن خصما في الدعوى وخاف تواطؤ المدين مع الخصم ، فله أن يدخل خصماً ثالثاً ليرقب بنفسه الإجراءات محافظة على حقوقه من تواطؤ المدين أو من تراخيه في الدفاع عن حقه [2] . وله إلى جانب ذلك أن يستعمل الدعوى البوليصية إذا تواطأ المدين فعلا مع الخصم للإضرار به [3] .

وعبء إثبات تقصير المدين في استعمال حقه يقع على الدائن . ولكن كل ما على الدائن أن يثبته هو أن المدين لم يستعمل حقه بنفسه وكان ينبغي أن يفعل إذ أن موقفه السلبي هذا يهدده بالإعسار أو بالزيادة فيه . فلو أن المدين ، إذا لم يستعمل حقه ، كان أمامه فسحة من الوقت لاستعماله ، فليس للدائن أن يستعمله مكانه . أما إذا تلكأ المدين في رفع الدعوى بحقه ، أو رفع الدعوى وتلكأ بعد ذلك في مباشرة الإجراءات [4] ، وخيف من جراء هذا التلكؤ أن يعسر المدين أو أن يزيد إعساره ، فللدائن عندئذ أن يستعمل حق المدين [5] .

---

(1) بل إن المدين يستطيع أن يوقف الدعوى غير المباشرة دون أن يدخل خصماً فيها ، بأن يتفق مع الخصم على إنهاء النزاع صلحا . وليس للدائن أن يعترض على ذلك ، فإن المدين لا يزال صاحب الحق ويجوز له التصرف فيه ، ما لم يكن قد قصد الإضرار بالدائن ، فلهذا أن يطعن في هذه الحالة بالدعوى البوليصية (بودري وبارد ١ فقرة ٦٢٨ ص ٦٣٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٨ ص ٧٥٩ هامش رقم ٣) .

(2) استئناف مختلط ٢٢ يونية سنة ١٩١٠ جازيت ١ ص ٥ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٢١٣ — ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٦٧ .

(3) ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٥ — لوران ١٦ فقرة ٣٩٠ — هيك ٧ فقرة ١٨٦ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨١ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٢٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٨ — دي هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٩ وفقرة ٢٦ — هالتون ١ ص ٣٤٠ — والتون ٢ ص ٩٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٨ ص ٧٥٩ .

(4) أو رفع الدعوى ، ثم استأنف الحكم الابتدائي ، وعند نظر الاستئناف لم يباشر الإجراءات وغادر البلاد (استئناف مختلط ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦) . ولا يعد المدين مهملا إذا أوعز [illegible] يتدخل في الدعوى حتى يكون من وراء تدخله أن تكون المحاكم المختلطة هي المختصة (استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١١٧) .

(5) استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٣٤ — مصر الكلية المختلطة ٩ مايو سنة ١٩٢٢ [illegible] ١٣ رقم ٨٩ ص ٥٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٨ .

وإثبات الدائن أن المدين لم يستعمل حقه يكفي ، وليس على الدائن أن يثبت تقصيراً معيناً في جانب المدين [1] . وقد كان المشروع التمهيدي للمادة ٢٣٥ يذكر أن الدائن عليه أن يثبت إهمال المدين ، فعدل النص في لجنة المراجعة ، واكتفي في التعديل أن يثبت الدائن عدم استعمال المدين لحقه [2] . وغني عن البيان أنه إذا أثبت الدائن أن المدين لم يستعمل حقه ، فللمدين أو للخصم في الدعوى أن يثبت أن الوقت لا يزال متسعاً أمام المدين لاستعمال حقه بنفسه ، وفي هذه الحالة لا يقبل من الدائن أن يستعمل الحق باسم المدين .

٥٣٩ — إدخال المدين خصماً في الدعوى — عدم ضرورة إعذاره:

لم ينص التقنين المدني السابق على ضرورة إدخال المدين خصماً في الدعوى ، ولذلك كان الرأي الغالب — كما هو الأمر في القانون الفرنسي — أن إدخال المدين خصماً في الدعوى ليس بشرط [3] . لكن إذا لم يدخل المدين خصماً في الدعوى ، فإن الحكم الذي يصدر فيها كان لا يسرى في حقه ، وهذا بخلاف الحكم الذي يصدر في مواجهة المدين فإنه يسرى في حق الدائن وفقاً للقواعد العامة المقررة في حجية الأمر المقضي [4] . وقد جرت العادة أن الدائن يدخل المدين خصماً في الدعوى، فإذا لم يدخله فإن الخصم هو الذي يدخله حتى يجعل الحكم يسرى في حقه [5] .

---

(1) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أضاف المدعى إلى دفاعه تمسكه بحق مدين له قبل المدعى عليه واحتجاجه بأن المدين أهمل الدفاع عن حقه بقصد الكيد له ، وجب على المحكمة أن تفحص ذلك وترد عليه ، وإلا كان حكمها معيباً متعيناً نقضه ، ولا يصلح رداً على ذلك قول المحكمة إنه ليس للدائن إرغام مدينه على التمسك بحقوقه (نقض مدني ٣ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٩ ص ٦٦٤) .

(2) أنظر تاريخ نص المادة ٢٣٥ آنفاً فقرة ٥٢٨ في الهامش .

(3) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٤٧ — ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٨٠ — ٥ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٥ — لوران ١٦ فقرة ٤٠٠ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٣٥ — ديموج ٧ فقرة ٩٦٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٦ — والتون ٢ ص ٩٧ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٦ هامش رقم ١ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٢٨ — الأستاذ محمد صادق فهمي فقرة ٤٥١ — أنظر عكس ذلك : استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ — ١٩ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٩ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ٦٥ — ٥ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢ — ٨ يونية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٣ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٧ .

(4) استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٤ — ٥ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ — وفي فرنسا انقسم الفقه : فرأي يذهب إلى أن الحكم لا يسرى في حق المدين إذا لم يدخل في الدعوى (أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ هامش رقم ١٨) ، ورأي ثان يذهب إلى أن الحكم يسرى في حق المدين سواء كان في مصلحته أو ضده (كوليه دي سانتير ٥ فقرة ٨١ مكررة — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤١٦) ، ورأي ثالث يذهب إلى أن الحكم يسرى في حق المدين إذا كان في مصلحته لا إذا كان ضده (لوران ١٦ فقرة ٤٠٨) .

(5) استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٨٠ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨١ — ص ١٨٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٦ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٣٠

وللمدين كذلك أن يدخل من تلقاء نفسه خصماً في الدعوى ، بل له أن يتو
بنفسه ويقف عمل الدائن كما قدمنا . وللقاضي من تلقاء نفسه أن يأمر بإدخال الم
خصماً إذا رأى فائدة من ذلك [1] .

وقد ذهب التقنين المدني الجديد في هذه المسألة مذهباً آخر ، فنص صراحة (م ٥
فقرة ٢) على وجوب إدخال المدين خصماً في الدعوى . فلا يجوز إذن للدائن أن ير
دعوى غير المباشرة دون أن يدخل المدين خصماً ثالثاً ، فإذا لم يدخله جاز للخصم
يدفع بعدم قبول الدعوى ، إلا إذا دخل المدين من تلقاء نفسه أو أدخله الخصم بنفسه
فالحكم الذي يصدر في الدعوى يسري إذن في حق المدين ، مادام قد أصبح طرفا
الدعوى [2] .

ولما كان لابد من إدخال المدين خصماً ، فقد استغنى بذلك عن إعذاره ، فإن إدخ
خصماً أقوى من الإعذار [3] . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ مدني صراحة عا
عدم ضرورة الإعذار . وكذلك كان الحكم في عهد التقنين المدني السابق دون نص صري
على ذلك ، إذ ليس في القواعد العامة ما يحتم الإعذار إلا نحو الخصم الذي يباشر الدائن
مواجهته حق المدين إذا كان الإعذار ضرورياً [4] . وبهذا الرأي أخذت جمهرة الفقهاء
فرنسا [5] ، وسار عليه الفقه في مصر [1] ، قبل أن يتضمنه نص في التقنين المدني الجديد .

(١) استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٩ — الأستاذ محمد صادق فهمي فقرة ٤٥١ — و
ألا يكون إدخال المدين خصماً في محكمة الاستئناف حتى لا يضيع عليه درجة من درجات التقاضي (أنه
نقض فرنسي أول أغسطس سنة ١٨٥٩ داللوز ٥٩ — ١ — ٣٥٣ — ٢ أغسطس سنة ١٨٧٦ داللوز ٢
— ١ — ٢٢٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٦) — كذلك لا يشترط أن يصدر الدائن صحم
الدعوى بما يقرر أنه يعمل باسم المدين ، مادام هذا الأمر يمكن فهمه من مجموع العبارات الواردة في صحم
الدعوى (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٨ — ٩ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص
٣٤٠).

(٢) ولا يقال أنه مادام الدائن نائباً عن المدين ، فقد كان ينبغي أن تغني النيابة عن إدخال المدين خصماً
الدعوى ، ذلك أن النيابة هنا هي لصالح الدائن لا لصالح المدين كما سبق القول ، فكان لابد من إدخ
المدين خصماً في الدعوى حتى يراقب إجراءاتها وحتى يستطيع حماية حقه بنفسه .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٩ .

(٤) وذلك للحكم بتعويض عن التأخير أو بمصروفات الدعوى مثلا .

(٥) لوران ١٦ فقرة ٣٩٢ — لارومبير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٢١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩
٧ فقرة ٩٦٦ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٣٥ ص ٣١٧ — جوسران ٢ فقرة
عكس ذلك : ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٢ — فقرة ١٠٣ — ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٣ . — ٢٨٤

وغني عن البيان أنه لا حاجة للدائن أن يدخل الدائنين الآخرين في الدعوى [2]
ويسري الحكم الصادر في الدعوى مع ذلك في حقهم ، لأن المدين — وقد رأينا أن من
الواجب إدخاله في الدعوى — يمثل جميع الدائنين ، والحكم الذي يصدر في مواجهته يكون
حجة عليهم جميعاً وفقاً للقواعد المقررة في حجية الأمر المقضي [3] .

المبحث الثالث

الشروط التي ترجع إلى الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين

٥٤٠ — القاعدة واستثناءاتها : نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ على أن للدائن أن يستعمل باسم مدينه " جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز " . ويستخلص من ذلك أن القاعدة هي أن أي حق للمدين يجوز للدائن أن يستعمله . ويستثنى من ذلك : (أولا) أن يكون للمدين مجرد رخصة ، فلا يجوز للدائن أن يستعملها باسم المدين [4] . (ثانياً) إلا يكون الحق للمدين نفسه ، بل هو حق يباشره عن غيره ، فلا يجوز للدائن أن يستعمل هذا الحق ، إذ هو ليس حقاً للمدين . (ثالثاً) أن يكون الحق للمدين ، ولكنه متصل بشخصه خاصة . (رابعاً) أن يكون الحق غير قابل للحجز عليه . (خامساً) أن يكون الحق متقلا بحيث لا تكون هناك فائـــدة للدائن في استعماله [5] .

ونستعرض القاعدة ثم الاستثناءات .

٥٤١ — يجوز للدائن استعمال أي حق للمدين : يجوز للدائن ، كقاعدة عامة ، أن يستعمل أي حق للمدين ، لا فرق بين حق وحق [1] .

(١) الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات فقرة ٣٣١ — الأستاذ محمد صادق فهمي فقرة ٤٥١ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٦ هامش رقم ١ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٢٨ — أنظر عكس ذلك والتون ٢ ص ٩٧ .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٥١ .

(٣) على أنه إذا كان المدين تاجراً مفلساً ، فالدائن لا يباشر الدعوى باسم المدين إلا في مواجهة أمين التفليسة ، والحكم يكون باسم أمين التفليسة .

(٤) والاستثناء هنا ظاهري ، لأن الرخصة غير الحق فلا تستثنى منه . والغرض من هذا الاستثناء الظاهري حصر مالا يستطيع الدائن أن يستعمله باسم المدين .

(٥) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٩ فقرة ٣ .

(1) إذا أجاز التقنين المدني في المادة ٢٣٥ مدني لكل دائن أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلا بشخصه أو غير قابل للحجز فقد أوجب على الدائن الذي يطالب بحق مدينـــه أن يقيم —

فقد يكون هذا الحق حقاً شخصياً ، محله نقد أو عين أو عمل أو امتناع عن عمل.

وأكثر ما يستعمل الدائن من حقوق المدين الحق الشخصي الذي محله نقد ، فهو الحق الأكثر سهولة في الاستعمال . ومع ذلك فإن هناك إجراء أمام الدائن يفضل الدعوى غير المباشرة لتقاضي ما للمدين من نقود في ذمة مدينه . وهذا هو حجز ما للمدين لدى الغير . ومن ثم كانت الدعوى غير المباشرة نادرة الوقوع في العمل . ففي حجز ما للمدين لدى الغير يعمد الدائن — بدلا من رفع الدعوى غير المباشرة — إلى الحجز تحت يد مدين المدين على ما للمدين من نقود في ذمة مدين المدين ، فإذا ما حكم بصحة الحجز انقلب الإجراء إجراء تنفيذيا ، وتمكن الدائن بإجراءات هذا الحجز وحدها من استيفاء حقه من مدين المدين [(1)] . وهذا بخلاف الدعوى غير المباشرة ، فإن الدائن بعد النجاح فيها لا يكتفي بذلك ، بل لابد له حتى يصل إلى حقه من أن يباشر إجراءات تنفيذية مستقلة عن الدعوى [(2)] .

وقد يكون حق المدين حقاً عينياً يستعمله الدائن باسمه ، كحق ملكية أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن .

ويغلب أن يأخذ الحق — شخصياً كان أو عينياً — صورة الدعوى يرفعها الدائن على من عليه الحق للمدين [(3)] ، كدعوى الدين أو دعوى الاستحقاق [(4)] . ومن ثم أطلق على

— الدعوى باسم مدينه ليكون المحكوم به حقاً لهذا المدين ، ويدخل في عموم أمواله ضماناً لجميع دائنيه ويتقاسموه قسمة غرماء ، فإذا هو لم يرفعها بوصفه دائناً ، وإنما رفعها استعمالاً لحق مباشر له ، وطلب الحكم لمصلحته لا لمصلحة مدينه ، فإنه تكون دعوى مباشرة أقامها باسمه ولمصلحته .

(جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤ الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٥١ ق) .

(جلسة ١٩٧٥/٤/٢٩ الطعن رقم ٤٧٦ لسنة ٣٩ ق س ٢٦ ص ٨٤٤) .

(جلسة ١٩٧٢/١/٢٠ الطعن رقم ١٣٩ لسنة ٣٧ ق س ٢٣ ص ١٠١) .

(1) استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٠ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٥٥ [illegible]

(2) دي باج ٣ فقرة ١٨٢ — ويلاحظ أن حجز ما للمدين لدى الغير هو نفسه حق للمدين ، فيجوز [illegible] للدائن استعماله فيحجز باسم مدينه على ما لمدين مدينه لدى الغير ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك [illegible] ظاهر بين أن يحجز الدائن باسمه على ما لمدينه لدى الغير ، وبين أن يحجز باسم مدينه على ما لمدين مدينه لدى الغير .

(3) ولما كان الدائن لا يستطيع الحجز على دعاوى مدينه — باستثناء حجز ما للمدين لدى الغير وما [illegible] يبقى من حكم بصحة الحجز — فلا يبقى إلا أن يستعمل الدائن هذه الدعاوى باسم مدينه ، حتى [illegible] ذلك على ما تنتجه هذه الدعوى من مال (ديموج ٧ فقرة ٩٢٠ ص ٢٩٩) .

(4) ومن الدعاوى التي يستطيع الدائن أن يباشرها باسم المدين : دعوى المدين إذا كان مشترياً [illegible] بائعه بضمان الاستحقاق أو ضمان العيب (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ [illegible] يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٠٨) أو في الرجوع على البائع [illegible] لدين مضمون برهن على العقار المبيع (استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص [illegible]

استعمال الدائن لحقوق مدينه اسم " الدعوى غير المباشرة " ، أخذ بالغالب [(1)] . على أنه يجوز أن يستعمل الدائن باسم مدينه مجرد إجراءات ، دون أن يرفع دعوى أمام القضاء .

— المدين البائع في استيفاء ثمن المبيع (استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢١ — ١٩ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٤٠) ، ودعوى المدين المصاب في ماله في الرجوع بالتعويض على من ألحق به الضرر (لوران ١٦ فقرة ٤١٩ — هيك ٧ فقرة ٢٠٢ — لارومبير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٢٠) ودعوى المدين القاصر في مطالبة الوصي بتقديم حساب عن الوصاية بعد انتهائها (بودري وبارد ١ فقرة ٦٠٨ — لوران ١٦ فقرة ٣٣٨) ، ودعوى المدين في رفع مناقضة (contredit) لإنزال بعض الديون المبالغ فيها إلى مقدارها الحقيقي (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣٥) ، ودعوى المدين إذا كان شريكاً في شركة في الطعن ببطلان اتفاق على تعديل الشركة أو على حلها (استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٤) ، ودعوى المدين في المطالبة بسقوط إجراءات اتخذت لنزع ملكيته (استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٦٣) ، ودعوى المدين في الطعن بالصورية في سند بدين في ذمته (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢) ، ودعوى المدين في أن يطعن في عقد صدر منه بالبطلان أو بالفسخ (استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٧٢ — بودري وبارد ١ فقرة ٦١١ — فقرة ٦١٦ — دي باج ٣ فقرة ١٨٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٩٤ — جوسران ٢ فقرة ٦٦٨ — ويغلب على القضاء الفرنسي ألا يعطي الدائن الحق في الطعن بإبطال العقد باسم المدين بحجة أن التمسك بإبطال عقد لعيب في الرضاء أو لنقص في الأهلية مسألة يرجع الشخص في تقديرها إلى اعتبارات أدبية : نقض فرنسي ٦ مارس سنة ١٨٧٨ داللوز ٧٨ — ١ — ٣١٦ — ١٨ أكتوبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٢ — ١ — ٢٣٣ ، ومع ذلك انظر : نقض فرنسي ١٠ مارس سنة ١٨٥٣ داللوز ٥٣ — ١ — ١٦٠) ، ودعوى المشترى ضد البائع يباشرها المشترى من المشترى (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ٢٠٨ ص ١٠٩ — ٩ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ — وقارن استئناف مختلط ١٠ يونية سنة ١٩١٣ م ١٥ ص ٣٤٣ — وانظر : ديمولومب ٢٥ فقرة ٨٨ — لوران ١٦ فقرة ٤٢٢ — هيك ٧ فقرة ٢٠٢ — بودري وبارد ١ فقرة ٦١٦ — هالتون ١ ص ٣٤ — دي هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٣٠ — والتون ٢ ص ١٠٣ — ص ١٠٤ — فتحي زغلول ص ٣٧٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٤ هامش رقم ٢ — عكس ذلك : توليه ٧ فقرة ٥٦٦) ، ودعوى المالك في استرداد الشيء المملوك له تحت يد الغير (دعوى الاستحقاق) ، ودعوى الوارث في المطالبة بنصيبه في الميراث ، ودعوى الموصي له في المطالبة بالوصية ، ونحو ذلك . وكذلك يجوز استعمال حق المدين في طلب القسمة (محكمة مصر المختلطة مستعجل ٢٦ يوليو سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ٤٧٠ ص ٢٢٥) ، وفي مطالبة شركة التأمين بمبلغ التأمين (محكمة إسكندرية المختلطة التجارية أول مارس سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ٢٨٧ ص ٢٢٩ — استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٩) ، وفي رجوع المسخر (الاسم المستعار) على الأصيل يباشره من تعاقد مع المسخر (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٧١) . وللمستحق في وقف إذا أخذ أقل من استحقاقه أن يستعمل دعوى ناظر الوقف في الرجوع على مستحق أخذ أكثر من استحقاقه (استئناف مختلط ١٩ يونية سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤١٢ — قارن استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٩ — ويلاحظ أنه يجب في هذا الرجوع أن يكون ناظر الوقف مسئولا شخصياً نحو المستحق الأول ودائناً شخصياً للمستحق الثاني) .

(1) لئن كان للدائن — إعمالا لصريح نص المادة ٢٣٥ من القانون المدني — أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين إذا أهمل في استعمالها سواء في صورة دعوى تقاعس المدين عن إقامتها أو في صورة طعن في حكم —

وهذه الإجراءات إما أن تكون تصرفات قانونية أو إجراءات مادية [1] . مثل التصرفات القانونية أن يقبل الدائن وصية عن المدين ، أو يسترد شيئاً للمدين حق استرداده ، أو يقبل اشتراطاً لمصلحة المدين . ومثل الإجراءات المادية أن يقيد رهناً لمصلحة المدين ، أو يجدد قيد الرهن ، أو يسجل عقداً للمدين حتى تنتقل إليه الملكية ، أو يقطع تقادماً سرى ضد المدين ، أو يطلب باسم المدين وضع أختام أو كتابة محاضر جرد [1] . وللدائن كذلك أن يطعن باسم مدينه في حكم صدر ضد المدين ، بجميع وجوه الطعن العادية وغير العادية ، من معارضة واستئناف ونقض والتماس إعادة نظر وغير ذلك . وله أن يقوم بإجراءات المرافعة ، وأن يتمسك بالدفوع عن المدين [2] .

= قعد المدين عن الطعن عليه ، إلا أن شرط ذلك أن يكون مباشر الإجراء – دعوى أو طعن – دائناً أي له حق موجود قائم قبل من يستعمله باسمه ، لما كان ذلك ، وكانت المحكمة قد انتهت في الرد على السبب الأول إلى أن الطاعنين مجرد مستأجرين من الباطن انقضت عقود إيجارها الصادرة من المطعون ضده الثالث بانتهاء عقد الإيجار الأصلي لصالح هذا الأخير ، فلا حق لهم قبله ، وبالتالي فلا سند لهم في استعمال ما قد يكون للمطعون ضده الثالث من حقوق قبل المطعون ضدهما الأولين ناشئة عن إقامة المباني .

(جلسة ١٩٨٢/٥/٢٧ الطعن رقم ٤٧٥ لسنة ٥١ ق س ٣٣ ص ٥٩٣) .

(جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤ الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٥١ ق) .

(1) لما كان الحكم المطعون فيه قد أورد بمدوناته أن الثابت من تقرير الخبير ومن التحقيقات التي أجرتها محكمة أول درجة أن البائع للمستأنف والمستأنف عليها الأخيرة وقد تقاعسا في مطالبة المستأنف عليهم من الأول للسادس في استرداد عين النزاع وأن البائع للمستأنف لا يملك سوى القدر المبيع مما تستدل منه المحكمة أن عدم مطالبة المستأنف عليها الأخيرة ومورثها من قبل بطرد باقي المستأنف عليهم من عين النزاع يترتب عليه إعسارها أو زيادة إعسارها وهو المتمثل في تعذر تنفيذ المستأنف عليها الأخيرة ومورثها من قبل تسليم الأطيان موضوع التداعي إلى المستأنف تنفيذاً لعقد البيع الصادر إليه ، ومن ثم تكون شروط الدعوى غير المباشرة متوافرة في واقعة التداعي وكان ما أورده الحكم سائغاً وله سند في أوراق الدعوى وكافياً لحمل قضائه ، فإن النعي عليه بهذا السبب لا يعدو أن يكون جدلاً في تقدير محكمة الموضوع لأدلة الدعوى وهو ما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض .

(جلسة ١٩٩١/٥/٩ الطعن ١٧٨٠ لسنة ٥٥ ق)

(١) ومثل الإجراءات المادية أيضاً اتخاذ الإجراءات التنفيذية (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٧) ، وتوقيع الحجز التحفظي ، وحجز ما للمدين لدى الغير ، والتنبيه بإلغاء عقد الإيجار (إذا كان الدائن كفيلاً للمستأجر وتأخر هذا في دفع الأجرة : نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٥ هامش رقم ٢) . ومن أجل مباشرة الدائن للإجراءات باسم المدين يذكر التقنين الفرنسي عبارة " الحقوق والدعاوى " فينصرف لفظ " حقوق " إلى الإجراءات (ديموج ٧ فقرة ٩٢٨) .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٣٢ – ٤ يونية سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٩ – استئناف مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٣٠ ... سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٠ – ديموج ٧ فقرة ٩٣٥ – أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨١ – سدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٢٤ ...

٥٤٢ – لا يجوز للدائن أن يستعمل ما للمدين من رخصة : ليس للدائن أن يتدخل في شؤون مدينه إلى حد أن يقبل عنه صفقة لا يريدها هو ، حتى لو كانت هذه الصفقة رابحة ومن شأنها أن تزيد في ضمان الدائن ، ولا أن يلغي باسم مدينه عقد إيجار بدعوى أن الأجرة باهظة ومن شأنها أن تنتقص من ضمان الدائن . " فحق " قبول الإيجاب ، " وحق " إلغاء عقد الإيجار ، " وحق " إدارة المدين لأمواله حسبما يرى حتى لو كانت هذه الإدارة سيئة [1] ، وليست حقوقاً يجوز للدائن أن يستعملها باسم مدينه ، بل هي مجرد رخص لا شأن للدائن في استعمالها [2] .

ولكن إذا أصبحت الرخصة حقاً ، فللدائن أن يستعمل هذا الحق باسم مدينه مادام قد استوفى الشروط اللازمة . فحق الموصى له في قبول الوصية [3] ، وحق المنتفع في قبول الاشتراط لمصلحته [4] ، وحق الموعود بالبيع في الشراء ، وحق المشترى وفاء استرداد الشيء

= ٣ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٢ – دي هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٨ وفقرة ٢٧ – أنظر عكس ذلك: استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١ .

هذا ويصح أن يشترط المدين على دائنه ألا يستعمل حقاً له ولو لم يكن متصلاً بشخصه (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٦ – دي باج ٣ فقرة ١٩٠) .

(١) أنظر تقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٢٧٦ فقرة ٢) : " غير أنهم (أي الدائنين) لا يستطيعون أن يتذرعوا بهذا الامتياز ليقوموا مقامه في إدارة مملوكة ، فهو يبقى متسلماً بزمام إدارته بالرغم من سوء حالة أشغاله " .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٤٢٤ وما بعدها – هيك ٧ فقرة ١٩٤ – بارتان على أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٧٩ – بودري وبارد ١ فقرة ٥٩٩ – ديموج ٧ فقرة ٩٢٦ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٠ – فقرة ٩٠١ – جوسران ٢ فقرة ٦٥٥ – دي هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ١٠ وفقرة ١٥ – والتون ٢ ص ١٠٤ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٠ هامش رقم ١ .

(٣) وهناك رأي يذهب إلى أنه لا يجوز للدائن أن يستعمل حق مدينه في قبول الوصية ، لا لأن القبول هو مجرد رخصة ، بل لأنه حق متصل بشخص المدين (بودري وبارد ١ فقرة ٦٢٢ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤) .

(٤) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن قبول المنتفع للاشتراط لمصلحته مجرد رخصة لا يجوز للدائن استعمالها باسم المدين (دي باج ٣ فقرة ١٨٧ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٢٣) . والصحيح أن حق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير حق ينشأ من العقد ، وقبول المنتفع ليس إلا لجعله حقاً غير قابل للنقض . فثم إذن حق يستطيع الدائنون بالنيابة عن مدينهم أن يجعلوه غير قابل للنقض ، إلا إذا تبين أن الأمر يتعلق لاعتبارات أدبية تحض تقدير المنتفع ، فعندئذ لا يجوز للدائنين استعماله ، لا لأنه مجرد رخصة ، بل لأنه حق متصل بشخص المدين (ديموج ٧ فقرة ٨٢٣ وفقرة ٩٢٨ – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام سنة ١٩٤٥ فقرة ٦٢٤ ص ٤٦٦ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٠٠ ص ١٢٩) .

وحق المشترط في نقض الاشتراط لمصلحة الغير ، وتحويله إلى منتفع آخر أو إلى نفسه ، يعتبر رخصة لا يجوز لدائني المشترط استعمالها ، وهو على كل حال موكول إلى محض التقدير الشخصي للمشترط (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤ ص ٢٣٨ – قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨١٨ ص ٩١٨ هامش رقم ٢)

المبيع عندما كان بيع الوفاء جائزاً [1] ، كل هذه حقوق يجوز للدائن استعمالها باسم المدين [2] .

أما التمسك بالتقادم ، فالرأي الراجح أنه رخصة لا حق ، وأن التقادم لا يتم إلا بالتمسك به [3] . وكان مقتضى هذا التكييف أن الدائن لا يستطيع استعمال هذه الرخصة نيابة عن مدينه ، ولكن الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدني نصت استثناء على جواز تمسك الدائن بالتقادم المسقط نيابة عن مدينه إذ تقول : " لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين " ، وقضت المادة ٩٧٣ مدني بنفس الحكم بالنسبة إلى التقادم المكسب [4] .

---

(١) فحق الموعود بالبيع وحق المشتري وفاء كلاهما حق ذو قيمة مالية نشأ عن عقد الوعد أو عقد البيع وفاء ، مثلهما مثل حق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير نشأ عن عقد الاشتراط (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٠ هامش رقم ١) .

ويحسن في هذا الصدد أن نميز ما بين الحق الكامل كحق الموعود بالبيع وحق المشتري وفاء وحق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير ، ومجرد الرخصة كحق الشخص في أن يشتري دار غيره إذا رضي صاحب الدار وحق المالك في إدارة ملكه ، ومنزلة وسطى ما بين الحق والرخصة كحق الشخص في قبول الإيجاب الموجه له وحق الشفيع في الأخذ بالشفعة وحق الشريك في استرداد النصيب الشائع . فالحق الكامل هو وحده الذي يستطيع الدائن أن يستعمله باسم المدين ، أما مجرد الرخصة فلا يجوز للدائن استعمالها ، ويلحق بالرخصة في ذلك المنزلة الوسطى ما بين الحق والرخصة .

ويميز بودري وبارد ما بين حق لا يحتاج إلا إلى مجرد التثبيت (consolidation) وهذا يجوز للدائن استعماله باسم المدين ، ومجرد الرخصة في كسب الحق وهذه لا يجوز للدائن استعمالها (بودري وبارد ١ فقرة ٦٠١ ص ٦٠٠) .

(٢) ديرانتون ٦ فقرة ٥١٦ – فقرة ٥٢٠ – ديمولومب ١٤ فقرة ٥٥٧ و ١٥ فقرة ٥٣ وفقرة ٧٦ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٠٠ – فقرة ٦٠٢ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠١ – والتون ٢ ص ١٠٤ – ص ١٠٥ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٠ هامش رقم ١ – أنظر عكس ذلك : لوران ١٦ فقرة ٤٢٦ – فقرة ٤١٧ – هيك ٧ فقرة ١٩٥ .

(٣) فالتقادم المسقط إذن واقعة مركبة (fait complexe) ، تتكون من واقعة مادية هي مرور الزمن وتصرف قانوني هو إعلان المدين لإرادته في التمسك بالتقادم ، وكذلك التقادم المكسب ، غير أن الواقعة المادية في التقادم المكسب هي مرور الزمن مع الحيازة معاً .

(٤) استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٧٤ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٠ هامش رقم ١ – أما النزول عن التقادم فيجوز للدائن أيضاً استثناء الطعن فيه بالدعوى البولصية (م ٣٨٨ و ٩٧٣ مدني) على النحو الذي سنورده فيما بعد .

" وحق " الشفيع في الأخذ بالشفعة ، " وحق " الشريك في استرداد النصيب الشائع ، كلاهما رخصة لا يجوز للدائن استعمالها بالنيابة عن المدين ، مثلها مثل قبول الإيجاب الموجه إلى المدين [1] .

٥٤٣ – ولا يجوز للدائن أن يستعمل حقاً يباشره المدين عن غيره: ثم إن الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين يجب أن يكون حق المدين نفسه ، لا حقاً يباشره المدين عن غيره . فلا يجوز للدائن ، إذا كان مدينه ولياً لقاصر ، أن يرفع دعاوى القاصر باسم مدينه ، لأن هذه الدعاوى إنما يباشرها المدين عن القاصر بصفته ولياً له . وكذلك الأمر لو كان المدين قيماً على محجور عليه أو ناظراً على وقف ، فلا يجوز للدائن أن يرفع باسم مدينه دعاوى المحجور عليه ولا دعاوى الوقف [2] .

كذلك إذا جاز للدائن أن يستعمل حق المدين قبل مدين المدين ، فلا يجوز له أن يستعمل حق مدين المدين قبل مدين مدين المدين [3] ، لأن حق مدين المدين إنما يستعمله المدين بالنيابة عن مدين المدين ، فلا يجوز للدائن أن يستعمل حقاً يباشره مدينه بالنيابة عن غيره [4] . وقد قدمنا أنه يجوز للدائن أن يستعمل حق المدين في إيقاع الحجز التحفظي على ما لمدين المدين لدى مدين مدين المدين دون مجاوزة لهذا الحد [5] .

٥٤٤ – ولا يجوز للدائن أن يستعمل حقاً متصلا بشخص المدين خاصة : وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ كما رأينا . ذلك أن الدعوى غير المباشرة إنما تستند ، كما قدمنا ، إلى ما للدائن من حق الضمان العام على جميع

---

(١) لوران ١٦ فقرة ٤٢٨ – هيك ٩ فقرة ٢١ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠١ – دي باج ٣ فقرة ١٨٧ – عكس ذلك : أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ – بودري وبارد ١ فقرة ٦١٠ .

(٢) استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٧٠ – والتون ٢ ص ١٠٢ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦١ هامش رقم ١ .

(٣) قارن استئناف مختلط ١٧ يونية سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٣٩ – ٦ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٣ .

(٤) فلا يجوز لبائع العقار الذي لم يستوف الثمن كاملا ، وترك قيد كل من امتيازه وامتياز المشتري منه يسقط ، أن يجدد قيد امتياز المشتري من المشتري في الميعاد القانوني ، لطالب من انتقلت له الملكية بعد ذلك بالباقي له من الثمن . فهو إذا كان يستطيع أن يجدد قيد امتيازه هو ، وأن يجدد باسم المشتري منه قيد امتياز هذا المشتري ، فإنه لا يستطيع أن يجدد قيد امتياز المشتري من المشتري ، لأن هذا التجديد إنما يجريه مدينه المشتري باسم مدين مدينه المشتري من المشتري ، فلا يجوز له أن يباشره هو باسم مدينه المشتري (محكمة بوردو الاستئنافية ٩ مارس سنة ١٩٣٦ سيريه ١٩٣٧ – ٢ – ١٢٩ – داللوز أنسيكلوبيدي ١ action oblique فقرة ٤٠) .

(٥) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٥ مكررة – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦١ هامش رقم ١ .

أموال مدينه ، فالحق الذي يستطيع الدائن أن يستعمله يجب إذن أن يدخل ضمن الحقوق التي تعتبر ضامنة لحق الدائن .

ويترتب على ذلك أن الحقوق غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية ، وهي حقوق متصلة بشخص المدين خاصة ولا تدخل في الضمان العام للدائنين، لا يجوز للدائن استعمالها. فلا يجوز استعمال حق الطلاق ، حتى لو كان استعمال هذا الحق من شأنه أن يخفف عبئاً مالياً عن المدين كانقطاع دين النفقة . ولا يجوز استعمال حق اللعان، ولو أن استعمال هذا الحق من شأنه ألا يثبت نسب ولد اللعان من المدين فلا يتحمل هذا نفقته . وليس للدائن أن يطلب باسم مدينه إنقاص نفقة قدرت لزوجة المدين أو لأحد من أقاربه [1] . كذلك لا يجوز للدائن أن يرفع باسم مدينه دعوى نسب ، حتى لو كانت هذه الدعوى تؤدي إلى أن يثبت للمدين ميراث أو وصية ، لأن دعوى النسب متعلقة بالأحوال الشخصية فيترك المدين حراً في تقدير مناسبة رفعها . ولكن لما كان يجوز للورثة أن يطالبوا بميراث مورثهم ولو اقتضى الأمر أن يثبتوا نسبه ، فلدائني الورثة أن يرفعوا هذه الدعـــوى باسم مدينهم ، لأن القضية تصبح قضية ميراث لا قضية نسب [2] .

ويترتب على ذلك أيضاً الحقوق المالية غير المتعلقة بالأحوال الشخصية ، إذا كانت متصلة بشخص المدين ، لا يجوز للدائن استعمالها . ويعتبر الحق المالي متصلا بشخص المدين إذا قام في أساسه على اعتبارات أدبية [3] ، وذلك كحق الواهب في الرجوع في الهبة [4] ،

(1) ديمولومب ٥ فقرة ١٣٧ – هيك ٧ فقرة ٢٠٠ – بودري وبارد ١ فقرة ٥٩٣ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٢ .

(2) ويشترط ديمولومب ألا يكون إثبات نسب المورث ضمن ما يطلب الحكم به ، فيكون هذا النسب طريقاً من طرق الدفاع لإثبات الميراث ، لا طلباً في الدعوى يراد الحكم به (ديمولومب ٥ فقرة ٢٨٤ – وأنظر أيضاً أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ هامش رقم ٣٠ – لوران ٣ فقرة ٤٧٠ – بودري وبارد ١ فقرة ٥٩٣ ص ٥٩٥) .

(3) بودري وبارد ١ قرة ٥٩١ – ديموج ٧ فقرة ٩٢٤ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤ – كولان وكابيتان موراندبير ٢ فقرة ٤٣١ – جوسران ٢ فقرة ٦٦٧ .

(4) محكمة مصر المختلطة ١٢ مايو سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ رقم ١٥١ ص ١٧٩ ، ومع ذلك أنظر محكمة مصر المختلطة ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ رقم ٢٦٤ ص ٢٦٥ وقد قضت بأن حق الرجوع في الهبة وقضية ليس حقاً متصلا بشخص المدين – ديرانتون ١٠ فقرة ٥٤٠ – أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ٨٩ – ديمولومب ٢٠ فقرة ٦٩٢ – فقرة ٦٩٣ – لوران ١٢ فقرة ٢٨ – بودري وبارد ١ فقرة ٦١٣ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤ .

وحق المصاب في التعويض عما أصابه من الضرر الأدبي [1] ، وحق المؤلف في نشر مؤلفه أو إعادة نشره [2] .

٥٤٥ – ولا يجوز للدائن أن يستعمل حقاً للمدين غير قابل للحجز: ولما كانت الدعوى غير المباشرة تستند إلى الضمان العام للدائنين كما تقدم القول، فحقوق المدين غير القابلة للحجز – وهي لا تدخل في هذا الضمان – لا يجوز للدائن استعمالها ، إذ لا يستطيع التنفيذ عليها ، فتصبح الدعوى غير المباشرة دون جدوى . وجميع الحقوق التي يقضي القانون بعدم جواز الحجز عليها ، سواء كانت غير قابلة للتنازل

(1) وهذا ما لم تظهر إرادة المصاب في المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي ، فإذا ظهرت هذه الإرادة قاطعة في صورة اتفاق المسئول أو بالمطالبة القضائية فقد أصبح حق التعويض حقاً مالياً كسائر الحقوق المالية يجوز للدائن استعماله (الوسيط ١ ص ٩١٩) . وكل تعويض عن عمل غير مشروع يجب أن تميز فيه بين التعويض عن الضرر المادي وهذا غير متصل بشخص المدين ويجوز للدائن استعمال الحق فيه ، والتعويض عن الضرر الأدبي وهذا متصل بشخص المدين على الوجه الذي أوضحناه ولا يجوز للدائن أن يطالب به نيابة عن المدين (محكمة مصر المختلطة ١٢ مايو سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ رقم ١٥١ ص ١٧٩ – ديرانتون ١٠ فقرة ٥٥٧ – لوران ١٦ فقرة ٤١٩ – ديمولومب ٣٥ فقرة ٨٢ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٢٥ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٤ – فقرة ٩ – دي هلتس ١ لفظ créancier فقرة ٢٣ – فقرة ٢٥ – الأستاذ عبد السلام ذهني فقرة ٣٢٧ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٣ هامش رقم ١) . ويعتبر الضرر مادياً ولو وقع على جسم المدين لا على ماله ، مادام أنه ضرر مادي لا ضرر أدبي (بودري وبارد ١ فقرة ٦٢٥ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤ ص ٢٣٨ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٩٣ – كولان وكابيتان وموراندبير ٢ فقرة ٤٣٢ – جوسران ٢ فقرة ٦٦٨ – عكس ذلك : ديمولومب ٢٥ فقرة ٨٢ – أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٩ ، بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٣٦ ص ٦٥٩) . وقد جاء في كتاب أحكام الالتزام للدكتور صبحي المحمصاني (ص ٥٧) أن القضاء اللبناني يذهب إلى أن الدية هي تعويض مادي وأدبي للورثة عن فقد مورثهم ، وأنها بهذه الصفة تكون من حق الورثة مباشرة ، ولا يمكن أن تدخل في عداد أموال المدين التي يجوز توقيع الحجز عليها من دائنيه (قرار الحاكم المفرد في جبيل الصادر في ٢١ تشرين الثاني سنة ١٩٥١ النشرة القضائية اللبنانية سنة ١٩٥٣ ص ٧٦) .

(2) ديموج ٧ فقرة ٩٢٧ ص ٣٠٧ – ويعتبر حق الوالد في محاسبة ابنته على نفقات حفظ أمتعتها المودعة عنده حقاً متصلا بشخصه (مصر الكلية الأهلية ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١١٨ ص ١٦٩). كذلك يعتبر حق المدين الراهن في نقل التكليف باسمه حقاً متصلا بشخصه (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢١١) .

هذا ويجوز للمدين أن ينزل عن حقه في الاعتراض على مباشرة الدائن لدعوى متصلة بشخصه ، فقد تقرر الحظر لمصلحته ويستطيع أن ينزل عنه إذا شاء . كما يجوز ، على النقيض من ذلك ، كما سبق القول ، أن يشترط المدين على الدائن إلا يستعمل حقاً له ولو لم يكن هذا الحق متصلا بشخصه . فالدعوى غير المباشرة ليست من النظام العام ، وإنما وضعت قواعدها لمصلحة كل من الدائن والمدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٦ – دي باج ٣ فقرة ١٩٠) .

عنها كحق السكنى وحق الاستعمال ، أو كانت قابلة للتنازل كمرتبات الموظفين ومعاشاتهم وديون النفقة والملكية الزراعية الصغيرة التي لا تزيد على خمسة فدادين [1] ، كل هذه الحقوق لا يجوز للدائن استعمالها لانعدام المصلحة . وقد سبق أن عددنا تفصيلا أموال المدين التي لا يجوز الحجز عليها ، فنكتفي هنا بالإحالة إلى ما قدمناه من ذلك .

٥٤٦ – ولا يجوز للدائن أن يستعمل حقاً للمدين مثقلا إلى حد الاستغراق : وقد يكون الحق غير متصل بشخص المدين وقابلا للحجز عليه ، ولكن حق مثقل برهن أو نحوه بما يجعل استعماله غير ذي فائدة للدائن . فعند ذلك لا تكون هناك مصلحة للدائن في استعمال هذا الحق . مثل ذلك أن يسترد الدائن عيناً مملوكة للمدين من تحت يد الحائز ، وتكون العين مرهونة ضماناً للدين يستغرق قيمتها ، ففي هذه الحالة لا تكون للدائن مصلحة في استرداد العين مادام الدائن المرتهن يتقدم عليه ، فلا يبقى له شيء من ثمنها يستوفى منه حقه .

ويستطيع كل من الحائز والمدين والدائن المرتهن في المثل المتقدم أن يدفع الدعوى غير المباشرة بهذا الدفع [2] .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على الدعوى غير المباشرة

٥٤٧ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٣٦ من التقنين المدني على ما يأتي:

" يعتبر الدائن في استعمال حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين . وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه [3] " .

---

(١) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٠٩ ص ٤٥٢ – ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٩ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٠٤ – فقرة ٦٠٧ – بلانيول وريبر وردوان ٧ فقرة ٦٠٣ .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٨ ص ٧٨٥ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣١٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة . وقد سئل في هذه اللجنة عما إذا كان يجوز للدائن باعتباره نائباً عن المدين أن يتصالح على الحق الذي يستعمله باسم المدين ، فأجيب بأنه لا يجوز ذلك لأن نيابة الدائن عن المدين مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه والصلح ينطوي على تصرف . وأصبح رقم المادة ٢٤٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦١١ – ص ٦١٢) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم واحد في التقنينين.

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٣٧ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٦٢ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٣٩ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٧٦ فقرة ٤ [1] .

٥٤٨ – الفكرة الأساسية في آثار الدعوى غير المباشرة هي نيابة الدائن عن المدين: والآثار التي تترتب على الدعوى غير المباشرة تتركز هنا نيابة قانونية، نص عليها التقنين المدني الجديد صراحة في صدر المادة ٢٣٦ كما رأينا . ويبرر هذه النيابة القانونية المصلحة المشروعة العاجلة التي للدائن في استعمال حقوق مدينه ، وقد قدمنا أن هذه المصلحة هي الفكرة الأساسية التي تقوم عليها شروط الدعوى غير المباشرة .

ويلاحظ أن هذه النيابة التي أثبتها القانون للدائن عن المدين نيابة تتميز بأنها لمصلحة النائب لا لمصلحة الأصيل [2] ، وبأنها مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه . ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

(١) بالرغم من قيام هذه النيابة فإنه يجب إدخال المدين – وهو الأصيل – خصماً في الدعوى ، وكان مقتضى قواعد النيابة أن دخول الأصيل في الدعوى غير ضروري ، بل ويكون الحكم سارياً في حقه حتى لو لم يدخل .

(٢) أن المدين إذا كان قاصراً أو احتاج إلى إجراءات خاصة لمباشرة الدعوى بنفسه ، فإن هذا لا يكون ضرورياً بالنسبة إلى الدائن وهو يباشر الدعوى عن المدين ، وكان مقتضى قواعد النيابة أن يكون هذا ضرورياً ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

(٣) لا يجوز للدائن أن يصطلح على الحق الذي يستعمله باسم المدين ، فإن نيابته مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه . وقد ذكر هذا الحكم صراحة في لجنة المراجعة [3] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٣٧ : (مطابقة للمادة ٢٣٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٦٢ : (مطابقة للمادة ٢٣٦ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧٦ فقرة ٤ : " وتكون نتائج الدعوى مشتركة بين جميع الدائنين بدون أن يترتب للدائن الذي شرع في الدعوى امتياز ما على الآخرين " . (والحكم واحد في التقنينين اللبناني والمصري ، رغم اختلاف العبارة والأسلوب) .

(٢) بلانيول وريبر وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٨٦ .

(٣) أنظر تاريخ نص المادة ٢٣٦ آنفاً فقرة ٥٤٧ في الهامش .

(٤) لا تعني إجراءات الدعوى غير المباشرة عن إجراءات التنفيذ ، فالدائن إنما ينوب عن المدين في استعمال الحق وحده ، وهو بعد الانتهاء من الدعوى غير المباشرة في حاجة إلى اتخاذ إجراءات تنفيذ مستقلة على الحق الذي استعمله باسم المدين .

وهذه الفكرة الأساسية – أن الدائن ليس إلا نائباً عن المدين في استعمال حقه [1] – هي التي تحدد آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى المدين الذي يستعمل الحق باسمه ، وبالنسبة إلى الخصم الذي يستعمل الحق ضده ، وبالنسبة إلى الدائن الذي يستعمل الحق باسم المدين . ونستعرض هذه الآثار متعاقبة .

المبحث الأول

آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى المدين

٥٤٩ – بقاء المدين محتفظاً بحقه : يبقى المدين محتفظاً بحقه الذي يباشر الدائن استعماله باسمه ، ولا ترتفع عنه يده ، لأن الدائن ليس إلا نائباً عنه ، والقاعدة أن الأصيل يبقى حر التصرف فيما ناب عنه غيره فيه .

فيبقى المدين إذن محتفظاً بحرية التصرف في حقه حتى بعد أن يرفع الدائن الدعوى غير المباشرة . فإن كان هذا الحق عيناً ، فللمدين أن يبيعها أو يقايض عليها أو يهبها ، لأنه لا يزال هو المالك ، ولم تغل الدعوى غير المباشرة يده عن التصرف في ملكه . وكل ما يستطيع أن يفعل هو أن يطعن في تصرف المدين بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها [2] . وإذا كان الحق ديناً ، جاز للمدين أن يتصرف فيه حوالة ببيع أو برهن أو بغير ذلك ، ولا يستطيع الدائن إلا الطعن في التصرف بالدعوى البوليصية على النحو المتقدم . وفي هذا تتجلى أفضلية حجز ما لمدين لدى الغير على الدعوى غير المباشرة ، فإن الحجز يرفع يد

---

(١) وهذه النيابة هي أيضاً الفرق الأساسي بين الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ، فالأولى يرفعها الدائن باسم المدين ، والأخرى يرفعها الدائن باسمه خاصة . وكالدعوى البوليصية الدعوى المباشرة ودعوى الصورية ، يرفعها الدائن باسمه خاصة .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان المدين الذي يرفع الدائن باسمه الدعوى غير المباشرة يبقى محتفظاً بحرية التصرف في الحق المطالب به فيها ، ومن ثم يكون هذا التصرف نافذاً في حق الدائن – شأنه في ذلك شأن المدين الذي صدر منه – ويكون للخصم المرفوعة عليه الدعوى (مدين المدين) حق التمسك به في مواجهة الدائن ، إلا أن ذلك مقيد بشرط عدم قيام الغش والتواطؤ بين الخصم والمدين للإضرار بحقوق الدائن، ففي هذه الحالة يحق للدائن أن يطعن في تصرف المدين بالدعوى البوليصية (نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦١ ص ٢٢٠) .

المدين عن الدين إلى حد كبير . هذا إلى أنه في الدعوى غير المباشرة يستطيع مدين المدين أن يفي بالدين إلى المدين ، بخلاف ما إذا حجز تحت يده فلا يستطيع أن يفعل ذلك [1] . ومن ثم كان التجاء الدائنين إلى حجز ما للمدين لدى الغير أكثر بكثير من التجائهم إلى الدعوى غير المباشرة [2] ، وقد قدمنا أن هذا هو التفسير لندرة الدعوى غير المباشرة في العمل [3] .

وكما يستطيع المدين التصرف في حقه ، يستطيع كذلك أن يصطلح عليه ، بل يستطيع أن ينزل عنه عيناً كان أو ديناً ، سواء كان ذلك قبل الدعوى غير المباشرة أو بعد ذلك . وليس للدائن إلا الالتجاء إلى الدعوى البوليصية كما قدمنا [4] .

وللمدين كذلك أن يستقضي حقه بأي سبب من أسباب استقضائه. فله أن يستوفيه، وله أن يقضيه بالتجديد أو بالمقاصة [5] أو باتحاد الذمة أو بالإبراء ، سواء كان سبب الانقضاء حدث قبل رفع الدائن للدعوى أو بعد ذلك [6]. وله أن يحول بحقه إلى محال له [7]، كما سبق القول .

٥٥٠ – بل لابد من دخول المدين خصماً في الدعوى غير المباشرة: ولا يقتصر الأمر على بقاء المدين محتفظاً بحقه ، بل يجب أيضاً كما رأينا أن يدخل خصماً في الدعوى غير المباشرة ، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة . وقد كان مقتضى النيابة أن دخوله خصماً يكون غير ضروري ، لكن النيابة هنا لمصلحة الدائن كما قدمنا ، فوجب أن يدخل

---

(١) بودري وبارد ١ فقرة ٦٤٠ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٩ .

(٢) بل قد يكون الواجب هو أن يوقع الدائن حجز ما للمدين لدى الغير لا أن يرفع الدعوى غير المباشرة . وقد قضت محكمة النقض بأن الدائن الذي حكم له بدينه ، ويريد اقتضاءه من مدين مدينه ، لا يجوز له أن يرفع مثل هذه الدعوى ، بل له أن يحجز على ما يكون لمدينه من مال (نقد) تحت يد الغير حجزاً تنفيذياً . فإذا لم يقر المحجوز لديه الدين غشاً أو تدليساً ، فله أن يرفع عليه دعوى الإلزام ليحكم له بدينه تعويضاً طبقاً لما تقضي به أحكام المادة ٤٢٩ مرافعات (٥٦٦ جديد) (نقض مدني ١٦ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٩ ص ١٠٩٥) .

(٣) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢١ ص ٧٦٩ وهامش رقم ١ .

(٤) لوران ١٦ فقرة ٤٠٢ – أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨١ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٣٩ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٩ – والتون ٢ ص ١٠٠ – ص ١٠١ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢١ ص ٧٦٩ .

(٥) لوران ١٦ فقرة ٤٠٤ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٤٠ .

(٦) استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٢٥ .

(٧) استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٥٥ .

المدين في الخصومة حتى يتمكن من الرقابة والدفاع عن حقه ، وقد سبقت الإشـــارة إلى ذلك [1] .

وقد قدمنا أن الدائن إذا لم يدخل المدين خصماً في الدعوى ، جاز للخصم المرفوع عليه الدعوى أن يدفع بعدم قبولها ، إلا إذا دخل المدين من تلقاء نفسه أو أدخله الخصم. ومن ثم فإن الحكم الذي يصدر في الدعوى — ودخول المدين في الخصومة ضروري كما رأينا — يكون سارياً في حق المدين ، وفي حق الدائن الذي رفع الدعوى غير المباشرة ، وفي حق سائر الدائنين من دخل منهم في الخصومة ومن لم يدخل .

أما في التقنين المدني السابق فلم يكن دخول المدين خصماً في الدعوى ضرورياً لقبولها، فكان من الجائز أن يرفع الدائن الدعوى غير المباشرة دون أن يدخل المدين خصما فيها . ولكن الحكم في هذه الحالة لا يكون سارياً في حق المدين ، ولا في حق الدائنين الذين لم يدخلوا في الخصومة [2] . فكان للمدين أن يقيم الدعوى من جديد على الخصم ، بل وكان لأي دائن لم يدخل في الدعوى أن يعيد رفعها باسم المدين [3] . ولما كانت هذه النتيجة غير مرغوب فيها ، فقد جرت العادة ، كما قدمنا ، أن الدائن يدخل المدين خصما في الدعوى ، وإلا أدخله الخصم أو القاضي ، أو أدخل هو من تلقاء نفسه [4] . وقد بسط التقنين الجديد هذه التعقيدات ، بل أوجب إدخال المدين خصما في الدعوى على النحو الذي بسطناه فيما تقدم [5] .

---

(١) يصرح بعض الفقهاء في فرنسا (أنظر بودري وبارد ١ فقرة ٦٣٧ وفقرة ٦٤٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٢ — دي هلتس ١ لفظ créancier فقرة ٣١ — فقرة ٣٢ وفقرة ٣٥) بخطأ القول بنيابة الدائن عن المدين ، ويستندون في ذلك إلى أن النيابة إنما تكون في صالح الأصيل لا في صالح النائب . وليست الحجة التي يستندون إليها بحجة مقنعة . فإنه إذا كانت النيابة كقاعدة عامة في صالح الأصيل دون النائب ، فليس في طبيعتها ما يمنع من أن تكون في صالح النائب دون الأصيل .

ومما يلاحظ في هذا الصدد أن الدعوى غير المباشرة ليست دعوى مستقلة في يد الدائن ، بل هي نفس دعوى المدين يباشرها الدائن باسمه ، ولذلك قيل لا توجد دعوى واحدة غير مباشرة ، بل توجد دعاوى غير مباشرة بقدر ما للمدين من الدعاوى (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٩٥ — جوسران ٢ فقرة ٦٩٣) . وهذه الملاحظة من شأنها أن تؤيد فكرة النيابة التي أخذ بها صراحة التقنين المدني الجديد (أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢١ ص ٧٧٠ هامش رقم ٣) .

(٢) استئناف مختلط ٥ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢ .

(٣) ويتبين من ذلك أنه إذا لم يدخل المدين خصما في الدعوى ، فإن الحكم الذي يصدر لصالحه يستفيد منه هو والدائنون الذين لم يدخلوا في الدعوى . أما إذا صدر الحكم ضده ، فلا يكون حجة عليه لا هو ولا دائنيه المذكورين (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٣٠ ص ٤٥٣) .

(٤) أنظر في كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٢ ، والأحكام المشار إليها والمراجع وأنظر آنفاً فقرة ٥٣٩ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٥٣٩ .

المبحث الثاني

آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى الخصم

٥٥١ — علاقة الخصم بالدائن : والخصم في علاقته بالدائن يستطيع أن يدفع الدعوى بجميع الدفوع التي كان له أن يواجه بها المدين لو أنه هو الذي رفع الدعوى [1] . وهذا تطبيق آخر لأحكام النيابة [1] .

فإنه يتمسك بجميع أسباب انقضاء الدين . كالوفاء [2] والتجديد واتحاد الذمة والمقاصة والإبراء والتقادم وغير ذلك . سواء كان سبب الانقضاء سابقاً على رفع الدعوى أو تالياً له. كما سبقت الإشارة إلى ذلك .

كذلك للخصم أن يطعن في العقد الذي يتمسك به الدائن باسم مدينه بجميع أوجه البطلان التي كان يتمسك بها في مواجهة المدين . وله كذلك أن يتمسك في مواجهة الدائن بإجازة المدين لعقد قابل للإبطال كما كان يستطيع ذلك في مواجهة المدين نفسه ، حتى لو كانت هذه الإجازة قد صدرت بعد رفع الدعوى ، دون إخلال بحق الدائن في الطعن في هذه الإجازة بالدعوى البولصية .

كذلك للخصم أن يتمسك قبل الدائن بأي اتفاق بينه وبين المدين في شأن موضوع النـــزاع ، كما إذا تمسك بالاتفاق مع المدين على البقاء في الشيوع لمدة لا تزيد على الحد القانوني في دعوى قسمة رفعها الدائن ، أو بصلح تم مع المدين على الحق الذي رفع به الدائن الدعوى ، أو بعقد مستتر بينه وبين المدين يناقض العقد الظاهر الذي رفع الدائن الدعوى غير المباشرة على أساسه [3] ، أو بحجية الأمر المقضي [1] .

---

(١) توليه ٧ فقرة ٥٦٨ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١١٦ — لوران ١٦ فقرة ٤٠١ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ٨٣ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٣٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٩ .

(1) وإن كان المدين الذي يرفع دائنه باسمه الدعوى غير المباشرة يبقى محتفظاً بحرية التصرف في الحق المطالب به فيها . ومن ثم يكون هذا التصرف نافذاً في حق الدائن شأنه فيه شأن المدين الذي صدر منه ، ويكون للخصم المرفوعة عليه الدعوى (مدين المدين) حق التمسك به في مواجهة الدائن ، إلا أن ذلك مقيد بشرط عدم قيام الغش والتواطؤ بين الخصم والمدين للإضرار بحقوق الدائن ، ففي هذه الحالة يحق للدائن أن يطعن في تصرف المدين بالدعوى البولصية .

(جلسة ١٩٥٠/٢/٢ الطعن رقم ٧٧ لسنة ١٨ ق) .

(٢) ولا حاجة لأن تكون المخالصة الصادرة من المدين ثابتة التاريخ لتكون حجة على الدائن (استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦٣) .

(٣) دي هلتس ١ لفظ créancier فقرة ٣٣ .

وبوجه عام ليس للدائن الذي يقيم دعوى باسم مدينه حق أكثر مما للمدين نفسه فلا يسوغ للدائن إذن أن يسلك طريقاً من طرق الإثبات ما كان للمدين أن يسلكه [3]. وإذا كان الحق المرفوع به الدعوى غير المباشرة هو حق المشترى في أخذ المبيع ولم يكن الثمن قد دفع ، فدائن المشترى عندما يستعمل هذا الحق يجوز أن يواجهه البائع بوجوب دفع الثمن [4].

ولكن ليس للخصم أن يدفع دعوى الدائن بدفوع خاصة بشخص هذا الدائن كوقوع مقاصة بين الخصم والدائن شخصياً ، لأن الدائن إنما ينوب عن المدين فلا يتمسك قبله إلا بما يتمسك به قبل المدين [5].

وللخصم — والمدين لا بد أن يكون قد أدخل خصماً في الدعوى كما تقدم القول — أن يقيم في مواجهة المدين دعوى من دعاوى المدعي عليه . وكان لا يستطيع ذلك في عهد التقنين المدني السابق لو أن المدين لم يدخل خصماً في الدعوى ، لأن الخصم كان عندئذ لا يجد أمامه إلا الدائن يقيم في مواجهته دعوى المدعى عليه ، والدائن إذا كان يستطيع أن يكون مدعياً باسم مدينه فهو لا يستطيع أن يكون مدعى عليه باسم هذا المدين [6].

(١) استئناف مختلط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ جازيت ١٣ رقم ٢٩٥ ص ١٧٣ — ٢٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٣ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة ، في عهد التقنين المدني السابق ، بأنه ليس للخصم أن يحتج على الدائن بحوالة صدرت من المدين ولم تستوف شرائطها القانونية (١١ يونية سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩١ : ولكن كان يمكن اعتبار تمسك الخصم بالحوالة بمثابة قبول لها) .

(٢) محكمة المنصورة المختلطة الجزئية ٤ فبراير سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ١٩٦ ص ٨٤ .

(٣) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٧ — محكمة أسيوط الكلية استئنافي ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٦٢ ص ١٤١ .

(٤) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٧ .

(٥) ديمولومب ٢٥ فقرة ١١٧ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٤٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٩ . ولكن يجوز للخصم أن يوفي الدائن الدين الذي له في ذمة المدين ، ويكون الوفاء صحيحاً في هذه الحالة، وبذلك ترتفع عن الدائن صفته ، ولا يستطيع أن يستمر في مباشرة الدعوى إذ لم تعد له مصلحة في ذلك (لوران ١٦ فقرة ٤٠٦ — لارومبيير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٣٣ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٤٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٠٥) . ويفعل الخصم ذلك إذا كان الدين الثابت في ذمته أكبر من الدين الثابت في ذمة المدين للدائن (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢١) . وإذا كان للخصم دين في ذمة الدائن يعادل الدين الذي للدائن في ذمة المدين ، فلا يستطيع الخصم إجراء المقاصة كما قدمنا لأن الحقين غير متقابلين ، ولكنه يستطيع الاتفاق مع الدائن على أن ينزل له عن الدين الذي له في ذمته وفاء للدين الذي في ذمة المدين للدائن، فيصبح الدائن بعد أن استوفى حقه لا مصلحة له في أن يستمر في مباشرة الدعوى على النحو الذي قدمناه . ثم يرجع الخصم على المدين بما وفاه من دينه ، وله عندئذ أن يجرى مقاصة بين ما وفاه من أجله وما هو في ذمته له .

(٦) لوران ١٦ فقرة ٤٠٤ — بودري وبارد ١ فقرة ٦١٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٠ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٣ هامش رقم ٣ .

٥٥٢ — علاقة الخصم بالمدين : أما علاقة الخصم بالمدين فتبقى هي العلاقة الأصلية ، علاقة مدين بدائن . وللخصم أن يفي دينه للمدين ويكون الوفاء صحيحاً كما قدمنا ، وله أن يصطلح عليه معه ، وأن يجدده ، وما إلى ذلك مما سبقت الإشارة إليه .

المبحث الثالث

آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى الدائن

٥٥٣ — لا يستأثر الدائن وحده بنتيجة الدعوى : والدائن الذي يستعمل الحق باسم مدينه هو نائب عنه كما قدمنا . ويترتب على ذلك أن الحكم الذي يصدر في الدعوى ضد الخصم إنما يصدر لصالح المدين لا لصالح الدائن . والمدين وحده هو الذي يفيد مباشرة منه . ويترتب على ذلك أيضاً أن الدائن يطالب الخصم في الدعوى غير المباشرة بمقدار الحق الثابت في ذمة الخصم للمدين ، لا بمقدار الحق في ذمة المدين للدائن ، سواء كان المقدار الأول أقل من الثاني أو أكثر [1] . ويترتب على ذلك أخيراً أن ما حكم به للمدين يدخل في أموال المدين فيندرج ضمن الضمان العام للدائنين، فيفيد منه جميع الدائنين، سواء من دخل منهم خصماً في الدعوى ومن لم يدخل ، ولا يستأثر به الدائن الذي رفع الدعوى أو الدائنون الذين دخلوا في الخصومة . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢٣٦ إذ تقول : " وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين ، وتكون ضماناً لجميع دائنيه " [2] .

٥٥٤ — تزاحم الدائنين : وينبني على أن الحق المحكوم به للمدين يكون ضماناً عاماً لكل الدائنين ، أن لهؤلاء أن ينفذوا عليه جميعاً فيقسموه فيما بينهم قسمة غرماء [3] . بل إنه إذا كان لأحد من هؤلاء الدائنين — ولو لم يكن الدائن الذي رفع الدعوى — على

(١) على أن الخصم إذا رأى أن ما في ذمة المدين للدائن أقل مما في ذمته هو للمدين فإنه يستطيع أن يفي الدائن حقه ، فينهي الدعوى بذلك على النحو الذي قدمناه (لوران ١٦ فقرة ٤٠٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢١ — والتون ٢ ص ١٠١) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٤ و ص ٦١١ .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٨ — ٥ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ — ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ — ١٥ يونية سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٣ — والتون ٢ ص ٩٩ ص ١٠٠ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٥ ص ٧٧٤ هامش رقم ٢ .

الحق المحكوم به ما يجعله يتقدم فيه على سائر الدائنين ، كما إذا كان له رهن أو امتياز ، فإنه يتقاضى حقه قبل الجميع [1] .

على أنه يلاحظ أن تزاحم الدائنين إنما يكون إذا تقدموا جميعا في الوقت المناسب . أما إذا لم يتقدم أحد منهم حتى حكم في الدعوى غير المباشرة ، وانتهى الدائن الذي رفع الدعوى من إجراءات التنفيذ بحقه، فإنه يستقل بما حصل عليه ولا يشترك الباقي معه فيه [2] . أما إذا مات المدين فتركته مسئولة عن ديونه جميعاً ، ولا يجوز لأحد من الدائنين ، إذا عين لتركة مصف ، أن يسابق الباقي ويسبق إلى استيفاء حقه قبل الآخرين، حتى لو كان هو الدائن الذي رفع الدعوى غير المباشرة [3] .

لذلك كثيراً ما يحتاط الدائن عند رفع الدعوى باسم المدين ، فيتخذ إلى جانب إجراءات رفع الدعوى إجراءات أخرى تكفل له الاستيلاء على ما يحكم به ضد الخصم والتنفيذ عليه بحقه . وفي هذا يقوم الدائن بعملين متميزين أحدهما عن الآخر : رفع الدعوى غير المباشرة باسم مدينه وهذا لا يقتضي أكثر من أن يكون حقه خالياً من النـزاع كما تقدم القول ، ثم اتخاذ إجراءات ضد المدين نفسه بعد أن يدخله في الدعوى . وهذه الإجراءات إما أن يريد بها المطالبة بحقه وفي هذه الحالة يكفي أن يكون هذا الحق مستحق الأداء ، وإما أن يريد بها التنفيذ وفي هذه الحالة يجب أن يكون الحق ثابتاً في سند قابل للتنفيذ. واتخاذ إجراءات التنفيذ في وقت رفع الدعوى غير المباشرة يكفل الدائن أن يستولي لنفسه على ما يحكم به ليستوفي حقه ، فيأمن بذلك إلى حد كبير مبادرة المدين إلى التصرف في حقه قبل أن ينفذ عليه الدائن . ولكن هذا لا يمنع بقية الدائنين من الدخول في الدعوى ، أو من الاشتراك في إجراءات التنفيذ ، فيقسم الحق بينهم جميعاً قسمة غرماء [4] .

- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٣ .

(١) موران ١٦ فقرة ٤٠٧ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٤٤ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٣ .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٨٠ – ١١ يونية سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩١ – ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٦ – ٥ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ – ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ – أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٤ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٣ .

ذلك أن الدعوى غير المباشرة – كالدعوى البولصية ودعوى الصورية – لا تتخذ فيها إجراءات جماعية باسم جميع الدائنين كما هي الحال في الإفلاس التجاري . أما في القانون الروماني فقد كانت الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية يباشرهما نائب عن جميع الدائنين (magister, curator bonorum) ، وكانتا تدخلان ضمن الإجراءات التي تتبع لتصفية أموال المدين المفلس ، ولم يكن القانون الروماني يميز بين الإفلاس التجاري والإفلاس المدني (لابيه في المجلة الانتقادية سنة ١٨٥٦ المجلد التاسع ص ٢٠٨) .

(٣) استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٨٦ – ٦ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٠١ .

(٤) ديموبوب ٢٥ فقرة ١٣٢ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٤٥ مكررة – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٤ .

الفرع الثالث

الدعوى المباشرة *

(Action directe)

٥٥٥ – مكان الدعوى المباشرة : رأينا فيما قدمناه عن الدعوى غير المباشرة ندرة هذه الدعوى في العمل وقلة فائدتها للدائن الذي يباشرها . ويرجع ذلك بنوع خاص إلى تزاحم الدائنين مع الدائن الذي رفع الدعوى . ولهذا يعمد المشرع ، في بعض الحالات التي يرى فيها أن يولي الدائن حماية خاصة ، إلى أن يجعل لهذا الدائن – إلى جانب الدعوى غير المباشرة التي يشترك في فائدتها معه سائر الدائنين – دعوى مباشرة (action directe) قبل مدين المدين . ويستأثر الدائن ، بفضل هذه الدعوى المباشرة ، بالحق الذي لمدينه في ذمة مدين المدين [1] ، ويصبح بمثابة دائن له امتياز على هذا الحق يتقدم بمقتضاه على سائر الدائنين ليستوفي من حقه [1] . ونرى من ذلك ما بين الدعوى غير المباشرة

* مراجع : سرجان (Sérgent) في الدعاوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩٠٣ – سوليس (Solus) في الدعاوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩١٤ – دبريه (Debray) حقوق الامتياز على الديون والدعاوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩٢٨ – بينيه (Binay) الدعوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٤ – روبينو (Robino) في حقوق الامتياز وأسباب التقدم الأخرى على الديون رسالة من بوردو سنة ١٩٥٠ – ديموج ٧ فقرة ٩٨٩ – فقرة ١٠١٨ – فلاتيه (Flattet) في العقود لحساب الغير باريس سنة ١٩٥٠ فقرة ١٣٤ – فقرة ١٤٤ – بيدان وفوران (Beudant et Voirin) ١٣ فقرة ٢٥٢ – فقرة ٢٦٣ .

(1) الفرق بين الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة ، أن الأولى يقيمها الدائن باسم مدينه يطالب فيها بحق هذا المدين وما يقضي به فيها يدخل في عموم أموال المدين ضمانا حقوق جميع دائنيه يتقاسمونه فيما بينهم قسمة غرماء ، أما الدعوى المباشرة فيقيمها الدائن باسمه للمطالبة بحق مباشر له يطلب الحكم به لمصلحته لا لمصلحة مدينه ، ولهذا فهو يستأثر بما يقضي به في تلك الدعوى .

(جلسة ٢٩/٤/١٩٧٥ السنة ٢٦ ص ٨٤٤) .

(١) دي باج ٢ فقرة ٧١٦ – هذا وقد يتصور فرق بين حق الامتياز والدعوى المباشرة : فلو اجتمع دائنان أحدهما له دعوى مباشرة لا حق امتياز ، ورفع الثاني الدعوى غير المباشرة وحكم به على مدين المدين وفي هذا للمدين بما في ذمته ، فإن صاحب الدعوى المباشرة لا يملك في هذه الحالة إلا أن يشترك مع الدائن الآخر فيقتسما الحق بينهما قسمة غرماء ، وهذا بخلاف ما إذا كان للدائن حق امتياز بدلا من الدعوى المباشرة فإنه في هذه الحالة يتقدم على الدائن الآخر . والأفضل للدائن ، إذا لم يكن له إلا دعوى مباشرة ، ولم يكن له حق امتياز ، أن يدخل خصماً في الدعوى غير المباشرة التي رفعها الدائن الآخر ، ويطلب من مدين المدين أن يفي له بالدين مباشرة ، فيستقل به دون سائر الدائنين (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٦ ص ٧٧٥ هامش رقم ٢) .

والدعوى المباشرة من تقابل يحمل على معالجة الثانية عقب الأولى ، وهذا ما فعلناه في كتاب نظرية العقد [1] ، ونفعله الآن هنا ، وفعله قبلنا بعض الفقهاء [2] .

على أن الدعوى المباشرة تعتبر من ناحية أخرى ، وفي الصور التي يكون فيها حق المدين في ذمة مدين المدين ناشئاً عن عقد ، خروجاً على القواعد العامة التي تقضي بأن العقد لا يكون سارياً إلا في حق أطرافه ، فلا يتعدى أثره إلى الغير . ذلك أن العقد الذي أنشأ حقاً للمدين في ذمة مدين المدين يجعل لدائن المدين سبيلا مباشراً إلى هذا الحق دون أن يكون هذا الدائن طرفاً في العقد . مثل ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٩٦ مدني من أنه " يكون المستأجر من الباطن ملزما بأن يؤدى للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر " . فهذا عقد إيجار من الباطن أنشأ لأحد طرفيه ، وهو المستأجر الأصلي ، حقا في ذمة الطرف الآخر ، وهو المستأجر من الباطن . أما المؤجر فهو ليس طرفاً في عقد الإيجار من الباطن ، وكان ينبغي ألا يسرى هذا العقد في حقه. ومع ذلك فإن النص المتقدم الذكر يجعل للمؤجر دعوى مباشرة يطالب بمقتضاها المستأجر من الباطن بالحق الذي أنشأه في ذمته لمصلحة المستأجر الأصلي عقد لم يكن المؤجر طرفاً فيه وهو عقد الإيجار من الباطن . ومن ثم يعالج بعض الفقهاء [3] الدعوى المباشرة كاستثناء للقاعدة التي تقضى باقتصار أثر العقد على طرفيه، وهذا أيضاً وضع منطقي سليم .

ولما كانت الدعوى المباشرة إنما تتقرر ، كما سنرى ، بنص تشريعي خاص ، شأنها في ذلك شأن حق الامتياز ، فإن التقنين المدني المصري ، الجديد والقديم ، والتقنينات المدنية العربية الأخرى لم تعرض لهذه الدعوى بنص عام ، مقتصرة على الحالات التي قررتها فيها بنصوص خاصة ، وذلك فيما عدا تقنين الموجبات والعقود اللبناني فإنه أورد نصاً عاماً في الدعوى المباشرة عقب النص الذي أورده في الدعوى غير المباشرة ، هو المادة ٢٧٧ وتجري على الوجه الآتي : " يكون الأمر على خلاف ما تقدم (أي لا تكون نتيجة الدعوى مشتركا بين جميع الدائنين) إذا كان القانون يمنح الدائنين على وجه استثنائي حق إقامة الدعوى المباشرة ، فإن نتائجها تعود إلى المدعى دون سواه، ولا يلزمه أن يقسم الربح بينه وبين سائر

(١) وإن كنا قد أوردنا الدعويين ، في كتاب نظرية العقد ، مع الدعوى البولصية ودعوى الصورية في صدد الكلام في أثر العقد بالنسبة إلى الأشخاص .
(٢) أنظر دكوج ٧ فقرة ٩٨٩ وما بعدها — جوسران ٢ فقرة ٦٧٣ .
(٣) أنظر دي باج ٢ فقرة ٧١٣ — الأستاذ حلمي بهجت بدوي في نظرية العقد فقرة ٢٦١ . ويرى الأستاذ إسماعيل غانم وشمس الدين الوكيل أن المكان الطبيعي لدراسة الدعوى المباشرة تفصيلا يكون عند دراسة التأمينات (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ١٣٥ هامش رقم ١) .

الدائنين . على أن هذه المعادلة لا يمكن إجراؤها إلا إذا كانت مقررة بنص صريح يفسر بمعناه المحصور [1] " .

وسنورد الحالات التي نص المشرع في التقنين المدني المصري الجديد على أن الدائن يكون له فيها دعوى مباشرة ضد مدين المدين ، ثم نبحث الأساس القانوني والتصوير الفني للدعوى المباشرة .

المبحث الأول

حالات الدعوى المباشرة في التقنين المدني المصري

٥٥٦ — المؤجر مع المستأجر من الباطن : تنص المادة ٥٩٦ من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

" ١ — يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدى للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر وقت أن ينذره المؤجر " .

" ٢ — ولا يجوز للمستأجر من الباطن أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأصلي ، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الإنذار وفقاً للعرف أو لاتفاق ثابت تم وقت الإيجار من الباطن [2] " .

ويتبين من هذا النص أن للمؤجر دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن [1] ، يستطيع بموجبها أن يطالبه بالأجرة وبغير ذلك من الالتزامات التي أنشأها عقد الإيجار من

(١) أنظر في ذلك الدكتور صبحي المحمصاني في أحكام الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٥٩ — ص ٦٠ .
(٢) ليس الغرض من إيراد النصوص التي تنشئ الدعاوى المباشرة شرح هذه النصوص ، فهذا الشرح مكانه في العقود التي تقررت فيها هذه الدعاوى . ونقتصر هنا على استخلاص المقومات الرئيسية للدعوى المباشرة كما وردت في هذه النصوص — هذا ويوجد في التقنينات المدنية العربية الأخرى نصوص ، كنص المادة ٥٩٦ مصري ، تجعل للمؤجر دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن : في التقنين المدني السوري المادة ٥٦٣ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٧٧٦ فقرة ثانية . وفي التقنين المدني الليبي المادة ٥٩٥ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتان ٥٨٧ — ٥٨٨ .
(1) مفاد المادتين ٥٩٦ و ٥٩٧ من القانون المدني أنه في الإيجار من الباطن تبقى العلاقة بين المؤجر والمستأجر الأصلي خاضعة لأحكام عقد الإيجار الأصلي ، فيطالب كل منهما الآخر بحقوقه بمقتضى هذا العقد ، ويسرى على العلاقة بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن أحكام عقد الإيجار من الباطن ولا ينشئ هذا العقد علاقة مباشرة بين المستأجر من الباطن والمؤجر الأصلي إلا في شيء واحد هو الأجرة ، ومن وقت إنذار المؤجر له عن المدة التي تلي الإنذار على نحو ما فصلته المادة ٥١٧ من القانون المدني ، أما سائر —

الباطن في ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي ، كالتعويض عن الحريق وعن التلف ونحو ذلك . والمقدار الذي يطالب به المؤجر المستأجر من الباطن هو المقدار الذي في ذمة المستأجر من الباطن لمستأجر الأصلي وقت أن ينذر المؤجر المستأجر من الباطن أن يدفع له هذا المقدار [1] ، وليس المقدار الذي في ذمة المستأجر الأصلي للمؤجر ، إلا إذا كان هذا المقدار الثاني أقل من المقدار الأول فتكون العبرة بالمقدار الأقل .

ولولا هذا النص لما جاز أن يكون للمؤجر هذه الدعوى المباشرة ضد المستأجر من الباطن ، ولما استطاع المؤجر أن يرجع على المستأجر من الباطن إلا بالدعوى غير المباشرة، ولزاحمه في نتيجة هذه الدعوى سائر دائني المستأجر الأصلي [2] . ويترتب على قيام دعوى مباشرة للمؤجر ضد المستأجر من الباطن أن للمؤجر أن يحجز بحقه حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد مدين المستأجر من الباطن ، أي تحت يد مدين مدين مدينه ، ولم يكن ليستطيع ذلك لو لم تكن له دعوى مباشرة تجعل المستأجر من الباطن مديناً له مباشرة ؛ فيكون مدين المستأجر من الباطن مديناً لمدينه ، فيصح الحجز تحت يده [3] .

٥٥٧ – المقاول من الباطن والعمال مع رب العمل : وتنص المادة ٦٦٢ من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

" ١ – يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول

= الحقوق والالتزامات الأخرى الناشئة عن عقد الإيجار تبقى العلاقة بالنسبة لها غير مباشرة بين المؤجر الأصلي والمستأجر من الباطن يتوسط بينهما المستأجر الأصلي ، ولا ينشئ عقد الإيجار من الباطن ولو كان قد صرح لمستأجر في عقد الإيجار الأصلي بالتأجير من الباطن – إلا إذا قبل المؤجر الأصلي الإيجار من الباطن بعد تمامه دون تحفظ أو استوفى الأجرة من المستأجر من الباطن .
(جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٦ ص ٨٩٦) .

(١) ولا يعتد – كما يقول النص – بالأجرة التي عجلها المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي عن مدة [illegible] مستقبلة ، إلا إذا كان تعجيل الأجرة قد تم قبل الإنذار وكان متفقاً مع العرف أو مع اتفاق [illegible] المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن تم وقت عقد الإيجار من الباطن . ويترتب على ذلك أنه إذا [illegible] المستأجر من الباطن الأجرة للمستأجر الأصلي بعد الإنذار ، فلا يكون هذا التعجيل نافذاً في حق المؤجر حتى لو كان متفقاً مع العرف أو مع اتفاق ثابت . أما إذا عجل الأجرة قبل الإنذار ، فإن [illegible] يكون نافذاً في حق المؤجر بشرط أن يكون متفقاً مع العرف أو مع اتفاق ثابت .

(٢) وقد كان التقنين المدني السابق لا يحتوي على نص مقابل للمادة ٥٩٦ من التقنين المدني الجديد [illegible] يكن للمؤجر ضد المستأجر من الباطن إلا الدعوى غير المباشرة (أنظر عقد الإيجار للمؤلف [illegible] نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٦ ص ٧٧٦) .

(٣) ديموج ٧ فقرة ٩٩٣ .

الأصلي وقت رفع الدعوى . ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل ".

" ٢ – ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز . ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه . ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة " .

" ٣ – وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل " [1] .

ويتبين من هذا النص أن العقد ما بين المقاول ورب العمل ينشئ دعوى مباشرة لعمال المقاول وللمقاولين من الباطن ضد رب العمل . يطالبون بموجبها رب العمل بما في ذمته للمقاول وقت رفع الدعوى المباشرة . إلا إذا كان ما لهم في ذمة المقاول أقل من هذا المقدار فيطالبون رب العمل بما لهم في ذمة المقاول فقط . ولما كانت الدعوى المباشرة هنا قد أعطيت لدائنين متعددين ، فإن كلا منهم يتقاضى من مدين مدينه ، وهو رب العمل ، بنسبة ما له من حق إذا لم يكن دين رب العمل للمقاول يتسع للوفاء بحقوقهم جميعاً كاملة .

كذلك لعمال المقاولين من الباطن دعوى مباشرة على النحو المتقدم ، ضد المقاول الأصلي وهو مدين مدينهم ، بل وضد رب العمل وهو مدين مدين مدينهم .

ولهؤلاء الدائنين جميعاً – عمال المقاول الأصلي وعمال المقاول من الباطن والمقاولين من الباطن – إلى جانب الدعوى المباشرة حق امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز منهم تحت يد رب العمل أو تحت يد المقاول الأصلي ، كل منهم بنسبة حقه . ويتقدمون بفضل هذا الامتياز على جميع دائني المدين المحجوز عليه ، بل ويتقدمون بفضل هذا الامتياز أيضاً على من تنازل له المدين المحجوز عليه عن حقه قبل المحجوز لديه ولو كان هذا التنازل سابقاً على الحجز .

فهنا قد أنشأ النص دعوى مباشرة للدائن ضد مدين مدينه ، بل وضد مدين مدين مدينه في بعض الصور ، ودعم هذه الدعوى المباشرة بحق امتياز [2] .

(١) وهذه الدعوى المباشرة وحق الامتياز هذا مقرران أيضاً في التقنين المدني السوري (م ٦٢٨) ، وفي التقنين المدني العراقي (م ٨٨٣) ، وفي التقنين الليبي (م ٦٦٠) ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٦٧٨) .

(٢) والمادة ٦٦٢ من التقنين المدني المصري أوسع نطاقاً من نظيرتها المادة ١٧٩٨ من التقنين المدني الفرنسي من وجوه عدة : (أ) الدعوى المباشرة في التقنين المصري أعطيت لا للعمال فحسب بل أيضاً للمقاولين من الباطن ، ولم تعط في التقنين الفرنسي إلا للعمال . (ب) يدعم حق الامتياز الدعوى المباشرة في التقنين المصري ، وليس هناك حق امتياز في التقنين الفرنسي . (ج) نص التقنين المصري على تقدم العمال =

٥٥٨ – الموكل مع نائب الوكيل : وتنص المادة ٧٠٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

" ١ – إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك، كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسئولية " .

" ٢ – أما إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين النائب ، فإن الوكيل لا يكون مسئولا إلا عن خطأه في اختيار نائبه أو عن خطأه فيما أصدر له من تعليمات " .

" ٣ – ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر " [١] .

ويتبين من هذا النص أن عقد الوكالة من الباطن ما بين الوكيل ونائبه ينشئ دعوى مباشرة للموكل ضد نائب الوكيل ولنائب الوكيل ضد الموكل [أ] .

وفي الصورة التي يرخص فيها الموكل للوكيل في إقامة نائب عنه يمكن القول أن نائب الوكيل ، بفضل قواعد الوكالة المستخلصة من هذا الترخيص ، يصبح مباشرة وكيلا للموكل ، فلا حاجة لنا هنا بنص ينشئ الدعوى المباشرة . على أنه حتى في هذه الصورة ، إذا أقام الوكيل نائباً عنه دون أن يخبره بعقد الوكالة الصادر له هو من موكله، فإن قواعد

= والمقاولين من الباطن على من تنازل له المدين عن حقه ، وفي التقنين الفرنسي يتقدم المتنازل له إذا كان هو الأسبق ويكون التنازل نافذا في حق العمال . (أنظر في المادة ١٧٩٨ من التقنين المدني الفرنسي دتوج ٧ فقرة ٩٩٥) .

(١) ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٦٧٤ وهي مطابقة . وفي التقنين المدني العراقي المادة ٩٢٩ ، وتجرى على الوجه الآتي : " ليس للوكيل أن يوكل غيره ، إلا أن يكون قد أذنه الموكل في ذلك أو فوض الأمر لرأيه . ويعتبر الوكيل الثاني وكيلا عن الموكل ، فلا ينعزل بعزل الوكيل الأول ولا بموته " ، فالدعوى المباشرة هنا تقوم على قواعد الوكالة . وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٠٨ وهي مطابقة . وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧٨٤ ، وتجرى على الوجه الآتي : " في جميع الأحوال يكون نائب الوكيل مسئولا لدى الموكل مباشرة كالوكيل نفسه ، وتكون له حقوق الوكيل نفسها " ، وهذه هي الدعوى المباشرة ما بين الموكل ونائب الوكيل .

(أ) مفاد المادتين ٧٠٨ و ٧١٠ من القانون المدني مرتبطين أنه يجوز لنائب الوكيل أن يرجع بدعوى مباشرة على الموكل يطالبه فيها بما التزم به نحو الوكيل الأصلي ذلك سواء أكان الموكل قد رخص للوكيل الأصلي بتوكيل غيره في تنفيذ الوكالة أو لم يرخص له بذلك ويكون رجوع نائب الوكيل على الموكل شأنه في ذلك شأن ما يرجع به الوكيل الأصلي على الموكل من المطالبة بالمصروفات الضرورية المشروعة التي أنفقها من ماله الخاص والتي استلزمها تنفيذ الوكالة .
(جلسة ١٩٦٨/١١/١٩ مجموعة المكتب الفني السنة ١٩ ص ١٣٨٦ .

التسخير (الاسم المستعار prête-nom) هي التي تسرى في هذه الحالة ، ولا تسمح هذه القواعد بقيام علاقة مباشرة ما بين الموكل ونائب الوكيل ، فيكون نص المادة ٧٠٨ ضرورياً لإيجاد هذه العلاقة المباشرة في صورة الدعوى المباشرة .

أما إذا لم يرخص الموكل للوكيل في إقامة نائب عنه ، ومع ذلك أقام الوكيل نائباً، فقواعد الوكالة وحدها لا تسمح بقيام علاقة مباشرة ما بين الموكل ونائب الوكيل لولا نص المادة ٧٠٨ .

لذلك يكون نص المادة ٧٠٨ قد أنشأ فعلا دعوى مباشرة في الحالتين اللتين عرض لهما ، وعلى النحو الذي بسطناه . ولولا هذا النص لما أمكن قيام الدعوى المباشرة ، ولما كانت قواعد الوكالة وحدها كافية في ذلك [١] .

والدعوى المباشرة تقوم ما بين الموكل ونائب الوكيل كما قدمنا . فيستطيع الموكل بفضلها أن يرجع مباشرة على نائب الوكيل بجميع حقوق الموكل ، بل ويكون الوكيل الأصلي متضامناً مع نائبه في المسئولية . وكذلك يستطيع نائب الوكيل أن يرجع مباشرة على الموكل بجميع حقوق الوكيل . ولا يكتفي أي منهما بالدعوى غير المباشرة التي كان يقتصر عليها – فيتحمل مزاحمة دائني مدينه – لو لم يوجد نص المادة ٧٠٨ .

٥٥٩ – المضرور مع شركة التأمين : وهناك أخيراً حالة لدعوى المباشرة تدرجت فيها التشريعات الخاصة ، وهي حالة رجوع المضرور في حادث بدعوى مباشرة على شركة التأمين التي أمنت المسئول عن هذا الحادث . فمن الواضح أن المضرور في الحادث يرجع على المسئول بالتعويض عن الضرر الذي أصابه ، ويرجع المسئول على شركة التأمين التي أمنت مسئوليته . أما أن يرجع المضرور بدعوى مباشرة على شركة التأمين فهذا ما لا بد فيه من نص .

وقد كفل في فرنسا قانون ١٩ فبراير سنة ١٨٨٩ لمالك العين المؤجرة وللجيران المستأجرين أن يستوفوا التعويض، عند احتراق العين المؤجرة ، من مبلغ التأمين على الحريق. ثم كفل قانون ٩ أبريل سنة ١٨٩٨ (ويكمله قانون ٣١ مارس سنة ١٩٠٥) لعامل المضرور في حادث من حوادث العمل أن يرجع بدعوى مباشرة على شركة التأمين التي أمنت مسئولية رب العمل . ثم أنشأ قانون ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ حق امتياز للمضرور في أي حادث عل مبلغ التأمين الذي اشترطه المسئول في التأمين على مسئوليته. وانتهى الأمر في

(١) أنظر فلاتيه في العقود لحساب الغير فقرة ١٣٩ – وقارن الأستاذ حلمي بهجت بدوي في نظرية العقد فقرة ٢٦١ ص ٣٧٥ .

فرنسا إلى تعميم الدعوى المباشرة ، فقضت المادة ٥٣ من قانون ١٣ يوليو سنة ١٩٣٠ بإعطاء الدعوى المباشرة لكل مضرور في حادث ضد شركة التأمين التي أمنت المسئول .

أما في مصر فقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد ينص في المادة ١٠٣٢ منه على أنه " لا يجوز للمؤمن أن يدفع لغير المصاب مبلغ التأمين المتفق عليه كله أو بعضه ، مادام المصاب لم يعوض بما لا يجاوز هذا المبلغ عن الأضرار التي نشأت عنها مسئولية المؤمن له " . فكان هذا النص يجعل للمضرور دعوى مباشرة قبل شركة التأمين ، فيتقاضى منها في حدود مبلغ التأمين التعويض المستحق له ، دون أن يزاحمه في ذلك دائنو المسئول. ولكن هذا النص قد حذف ، وترك الأمر فيه لتشريع خاص يصدر فيما بعد [١] . وقد أصدر المشرع القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسئولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات ، وأصبح للمضرور في هذه الحوادث دعوى مباشرة قبل شركة التأمين لديها لاقتضاء التعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة حادث السيارة دون توقف على استصدار الحكم بتقرير مسئولية المؤمن له أو اختصاصه في الدعوى [١] .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المضرور في حادث يستطيع الرجوع مباشرة على شركة التأمين ، ولا تستطيع الشركة أن تدفع دعوى المضرور إلا فيما يجاوز مبلغ التأمين المتفق عليه ، طبقاً للحدود المرسومة لمسئوليتها [٢] . والقول بأن للمضرور أن يرجع مباشرة على شركة التأمين دون نص تشريعي لا يمكن تخريجه، وفقاً للقواعد العامة،

---

(١) وقد أصدر المشرع القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسئولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات . وأصبح للمضرور في هذه الحوادث دعوى مباشرة قبل المؤمن طبقاً للمادة الخامسة من القانون المذكور ، ونص على أن تخضع هذه الدعوى للتقادم المنصوص عليه في المادة ٧٥٢ من القانون المدني والتقادم الثلاثي المقرر لدعاوى الناشئة عن عقد التأمين ، ولولا هذا النص لسرى على تلك الدعوى المباشرة التقادم العادي لأنها لا تعتبر من الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين المنصوص عليها في المادة ٧٥٢ من القانون المدني .

(جلسة ١٩٦٩/٣/٢٧ الطعن رقم ١٠٤ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ ص ٥٠٠) .
(جلسة ١٩٧٧/٢/١٥ الطعن رقم ١٢٩ لسنة ٤٣ ق س ٢٨ ص ٤٦٣) .
(جلسة ١٩٧٩/٤/١٢ الطعن رقم ٣٦٢ لسنة ٤٧ ق س ٣٠ ص ١١١) .
(جلسة ١٩٨٣/٥/٥ الطعن رقم ١١٨١ لسنة ٤٩ ق س ٣٤ ص ١١٣٧) .

(١) أنظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٥٧ .

(٢) استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٧ – وأنظر أيضاً : استئناف مختلط ١٨ أبريل ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٧ – ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٠٥ – عكس ذلك : استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٩ . وأنظر الأستاذ حلمي بهجت بدوي في نظرية العقد فقرة ٢٤٢ ص ٣٧٣ .

إلا عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير ، فيقال إن المسئول عندما تعاقد مع شركة التأمين اشترط مبلغ التأمين لمصلحة المضرور ، فصار للمضرور حق مباشر – لا دعوى مباشرة [١] – قبل الشركة ويجب الرجوع في ذلك إلى وثيقة التأمين ، لينظر هل يمكن أن يستخلص من نصوصها هذا الاشتراط [٢] .

على أن هناك حالة في مصر ورد فيها تشريع خاص ينشئ الدعوى المباشرة . فقد قضى قانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن التأمين الاجتماعي بأن لكل عامل أصيب بسبب العمل وفي أثناء تأديته الحق في الحصول من الهيئة المختصة على تعويض مقدر في القانون بحسب جسامة الإصابة ، وتلتزم الجهة المختصة " الهيئة العامة لتأمين والمعاشات أو الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية " بحسب الأحوال بأن تؤدي للعامل جميع الحقوق المقررة وفقاً لأحكام القانون حتى ولو كانت الإصابة تقتضي مسئولية شخص آخر خلاف صاحب العمل دون إخلال بما يكون للمؤمن عليه من حق قبل الشخص المسئول (م ٦٦ من القانون المذكور) .

٥٦٠ – حالات تلتبس خطأ بالدعوى المباشرة : وهناك حالات يقال فيها عادة أن للدائن دعوى مباشرة ، والصحيح أن هذه الدعوى ليست بالدعوى المباشرة التي نعنيها هنا، بل هي دعوى تقوم على أساس من القواعد العامة فلا تحتاج إلى نص خاص.

من ذلك انتقال دعوى السلف إلى الخلف الخاص كما في رجوع مشترى الأرض بضمان الاستحقاق مباشرة على البائع لبائعه ، وكما في رجوع مشتري البناء مباشرة على المهندس أو المقاول الذي تعاقد مع بائع البناء . ففي مثل هذه الأحوال يكون الرجوع لا بمقتضى دعوى مباشرة لم يرد في شأنها نص خاص ، بل إن دعوى السلف – بائع الأرض أو بائع البناء – قد انتقلت إلى الخلف – مشتري الأرض أو مشتري البناء – فرجع بها على مدين السلف . وآية ذلك أن هذه الدعوى ، بعد انتقالها إلى الخلف ، لم تعد في متناول السلف [٣] . وذلك بخلاف الدعوى المباشرة ، فهي تكون للدائن قبل مدين المدين ، مع بقاء دعوى المدين قبل مدين المدين .

---

(١) وسنرى أن الحق المباشر للمنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير ليس هو الدعوى المباشرة .

(٢) إستئناف مختلط ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ – الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٥٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض ، تأييداً لهذا المعنى ، بأن المشترى من مشتر لم يسجل عقده لا يستطيع أن يكلف البائع الأصلي بالتوقيع له هو على عقد بيع صالح للتسجيل إذ هو لم يتعاقد معه ، بل كل ما له – حتى لو قيل بوجود حق مباشر له قبله – هو أن يطلب منه التوقيع على عقد بيع صالح للتسجيل من اشترى منه (نقض مدني ١٦ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٩ ص ٨٨٠) . فالدعوى التي للمشترى من المشترى قبل البائع هي نفس الدعوى التي كانت للمشترى قبل البائع ، وقد انتقلت من المشترى إلى خلفه الخاص أي إلى المشترى من المشترى .

كذلك إذا رجع من تعاقد النائب على الأصيل مباشرة، فلا يرجع بالدعوى المباشرة، ولكن بدعوى العقد ذاته الذي قام مع الأصيل مباشرة ، بعد أن اختفى شخص النائب وفقاً لقواعد النيابة المعروفة .

ويرجع المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير على المتعهد بحق مباشر استمده من العقد، وليس رجوعه بالدعوى المباشرة ، ولكن بمقتضى هذا الحق المباشر الذي أنشأه عقد الاشتراط [1] .

ويرجع المؤجر والمتنازل له عن الإيجار كل منهما على الآخر رجوعاً مباشراً ، وليس لهذا الرجوع بالدعوى المباشرة ، ولكن التنازل عن الإيجار جعل كلا من المؤجر والمتنازل له عن الإيجار مديناً مباشرة للآخر ، فأصبحت دعوى كل منهما ضد الآخر هي دعوى الدائن ضد مدينه لا ضد مدين مدينه [1] .

المبحث الثاني

الأساس القانوني والتصوير الفني للدعوى المباشرة

٥٦١ — الدعوى المباشرة لا تزال في طريق التطور : ويتبين مما تقدم أننا في شأن الدعوى المباشرة لا نزال أمام حالات خاصة وردت فيها نصوص تشريعية متناثرة تنشئ هذه الدعوى . ويستخلص من ذلك أن الدعوى المباشرة ، كحق امتياز ، لا تتقرر إلا بنص خاص ، ولم توجد بعد قواعد عامة ترد إليها . ولا تزال النظرية العامة للدعوى المباشرة حتى اليوم في دور التكوين ، ولم تبلغ غايتها من التطور . وفي هذا المعنى يقول فلاتيه : " لا تزال من الدعوى المباشرة في مرحلة من التطور تتجمع فيها الاستثناءات تجمعاً لا يخلو من عدم التناسق . وفي القانون الروماني يوجد أكثر من مثال لنظم قانونية

(1) مفاد نص المادة ١/١٥٤ من القانون المدني أنه في الاشتراط لمصلحة الغير يتعاقد المشترط مع المتعهد باسمه لمصلحة شخصية في تنفيذ المتعهد الالتزامات المتعاقد عليها نحو المنتفع دون أن يدخل المنتفع طرفاً في العقد وأن المنتفع إنما يكسب حقه مباشرة من العقد ذاته المبرم بين المشترط والمتعهد بأن تشترط الالتزامات لصالحه باعتباره منتفعاً فيه ويجرى تعيينه بشخصه أو بوصفه شخصاً مستقلا أو يكون مستطاعا تعيينه وقت أن ينتج العقد أثره .
(جلسة ١٩٦٩/٤/٢٤ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٠ ص ٦٩٣) .
(جلسة ١٩٧٦/٥/١٩ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٧ ص ٦٨١) .

(١) أنظر في بعض هذه الحالات المشتبه فيها الأستاذ حلمي بهجت بدوي في نظرية العقد فقرة ٢٦١ .

استخلصت مما قد تجمع من الاستثناءات . فنظرية النيابة ونظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، كل منهما قد تم تكوينه على هذه الوتيرة . وقد كثر في الوقت الحاضر عدد الدعاوى المباشرة إلى حد يسمح بالقول إن هناك اتجاهاً بارزاً إلى جعل العقد ينتج آثاره في حق غير المتعاقدين . وقد سلم تسليما نهائياً بكل من نظرية النيابة ونظرية الاشتراط لمصلحة الغير . وتبقى الآن الدعاوى المباشرة مصدراً تنبع منه نظرية جديدة ، تأتي لتأخذ مكانها إلى جانب هاتين النظريتين [1] " .

٥٦٢ — الأساس القانوني للدعوى المباشرة : بدأ لابيه (Labbé) في مقاله المعروف في المجلة الانتقادية بإقامة الدعوى المباشرة على فكرة حق الامتياز . فالدائن الذي تثبت له دعوى مباشرة ضد مدين مدينه هو شخص قد أوجد لمدينه حقاً في ذمة مدين المدين ، بسبب منفعة قدمها أو بسبب خسارة تحملها ، فوجب إذن أن يكون له امتياز على هذا الحق الذي وجد بفعله . فالمؤجر قدم منفعة العين المؤجرة للمستأجر ، وبفضل هذه المنفعة أصبح المستأجر دائناً بالأجرة للمستأجر من الباطن ، ومن ثم يكون للمؤجر حق امتياز على هذه الأجرة ، إذ المنفعة التي قدمها كانت السبب في وجود هذا الحق . والمضرور في حادث تحمل خسارة كانت هي السبب في وجود حق المسئول قبل شركة التأمين ، فيكون للمضرور امتياز على هذا الحق الذي ما كان ليوجد لولا الخسارة التي تحملها .

وهذا الرأي على قوته ينزل الدعوى المباشرة منزلة حق الامتياز ، ولما كان حق الامتياز لا ينشأ إلا بنص خاص ، فإن الدعوى المباشرة تبقى موكولة إلى نصوص خاصة، فلا ترد إلى أصل عام [2] .

وهناك من رد الدعوى المباشرة إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير [3] ، فكأن المدين قد اشترط على مدينه رجوعاً مباشراً لمصلحة دائنه . وهذا محض افتراض ، لا ينهض به أساس من الواقع .

وهناك من ردها إلى فكرة النيابة [4] ، فكأن المدين قد ناب عن دائنه في التعاقد مع مدين المدين . وهذا أيضاً افتراض لا يقوم على أساس .

(١) فلاتيه في العقود لحساب الغير فقرة ١٣٦ ، وأنظر أيضاً فقرة ١٤٣ ص ١٩١ — ص ١٩٢ .
(٢) مقال في الامتيازات الخاصة على الديون : المجلة الانتقادية سنة ١٨٧٦ ص ٥٧١ و ص ٦٦٥
(٣) ألكس وايل (Alex Weill) فقرة ٤٤٤ ص ٧٦٢ .
(٤) جيلوار في الإيجار ١ ص ٣٦٩ — جوسران ٢ فقرة ١٢٢٧ — أنظر أيضاً استعراضاً لبعض هذه النظريات في ديموج ٧ فقرة ١٠١٤ .

وهناك من رد الدعوى المباشرة إلى فكرة الإثراء بلا سبب [1] . فالدائن قد افتقر بمقدار المنفعة التي قدمها أو بمقدار الخسارة التي تحملها ، وهذا الافتقار كان سبباً في إثراء مدين المدين ، فيكون للدائن أن يتقاضى من مدين مدينه أقل القيمتين ، قيمة الافتقار أو قيمة الإثراء . ويلاحظ على هذا الرأي أن مدين المدين لم يثر بلا سبب ، بل إن هناك سبباً لإثرائه هو الدين الذي في ذمته للمدين . كما أن افتقار الدائن يقابله الدين الذي له في ذمة المدين . فكل من الدائن ومدين المدين يجد مقابلا لما افتقر به أو أثرى ، والذي يهمنا هو أن توجد علاقة مباشرة ما بين هذين المقابلين ، وهذا ما تعجز عن إيجاده نظرية الإثراء بلا سبب [2] .

والمجمع عليه في الوقت الحاضر ، وفي هذه المرحلة من مراحل تطور الدعوى المباشرة، أن هذه الدعوى لا تثبت إلا بنص تشريعي خاص [3] . وهذا يكفي للقول بأنه ليس هناك إلى اليوم أصل ترد إليه الدعوى المباشرة بحيث تقوم على هذا الأصل دون حاجة إلى نص .

ومادمنا لا نستطيع حتى اليوم أن نستقر على أصل يصلح أن يكون أساساً قانونياً للدعوى المباشرة ، فخير لنا أن نوجه العناية إلى التصوير الفني لهذه الدعوى لنستخلص خطوطه الرئيسية .

٥٦٣ – التصوير الفني للدعوى المباشرة – الفكرة الرئيسية : نتخذ التقسيم الذي قال به لابيه (Labbé) أساساً للدعوى المباشرة ، فهو خير الأسس التي قدمت لهذه الدعوى حتى الآن . فالدعوى المباشرة تقوم إما على منفعة قدمها الدائن، أو على خسارة تحملها . فالمنفعة التي قدمها المؤجر للمستأجر كانت سبباً في الدين الذي للمستأجر في ذمة المستأجر من الباطن ، والخسارة التي تحملها العامل المصاب في حادث من حوادث العمل كانت سببا في الدين الذي لرب العمل في ذمة شركة التأمين .

---

(١) سوليس (Solus) ص ٢٤٧ – ديموج ٧ فقرة ١٠١٥ – الأستاذ حلمي بهجت بدوي في نظرية العقد فقرة ٢٦٢ ص ٣٧٦ .

(٢) قارب الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٠٦ ص ١٣٨ . ويبني فلاتيه الدعوى المباشرة على أساس اقتصادي ، فعنده أن العقد ، بحكم الغاية الاقتصادية (économique destination) التي يقوم على تحقيقها ، ينشئ الدعوى المباشرة لمصلحة أجنبي عن هذا العقد (فلاتيه في العقود لحساب الغير فقرة ١٤٣ ص ١٩٢ وفقرة ١٤٤ ص ١٩٤) . أنظر في استعراض الأسس القانونية للدعوى المباشرة دي باج ٣ فقرة ٧٢٢ .

(٣) قارب دي باج ٢ فقرة ٧٢٣ – ويذكر مثلا على قيام الدعوى المباشرة دون نص خاص في رجوع المشتري على البائع لبائعه بضمان الاستحقاق ، وفي رجوع المشترى على المقاول الذي تعاقد مع البائع ... أن هذا الرجوع لا يكون بالدعوى المباشرة ، ولكن بنفس الدعوى التي كانت للسلف وانتقلت إلى الخلف الخاص (أنظر آنفاً فقرة ٥٦٠ ، وأنظر أيضاً فلاتيه في العقود لحساب الغير فقرة ١٤٠) .

هذه السببية تبرر في نظر المشرع ، في حالات خاصة هو إلى اليوم الذي يمسك بزمامها وهو الذي يقوم بتعيينها في نصوص تشريعية ، أن يكون لمدين محلّ الدعوى المباشرة صاحبان : صاحبه الأصلي وهو في المثلين المتقدمين المستأجر الأصلي أو رب العمل ، وصاحب مضاف إليه هو نفس الدائن الذي تسبب في إيجاد هذا الدين بالمنفعة التي قدمها أو بالخسارة التي تحملها وهو المؤجر أو العامل .

فيكون إذن للدين الذي في ذمة مدين المدين – وهو الدين محل الدعوى المباشرة – دائنان : المدين والدائن . ويكون للدائن تبعا لذلك مدينان : المدين ومدين المدين . ولتوضيح ذلك نفرض أن الدين الذي في ذمة مدين المدين – أي الدين محل الدعوى المباشرة – هو الأجرة المستحقة في ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي . فهذا الدين له دائنان : المستأجر الأصلي والمؤجر . وللمؤجر مدينان : المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن . وتعدد الدائنين أو المدينين في الدين الواحد أمر مألوف في القانون، وهو وصف من أوصاف الالتزام . ويتميز هذا الوصف الخاص بما يأتي :

(أولا) مادام مدين المدين (المستأجر من الباطن مثلا) له دائنان (المستأجر الأصلي والمؤجر) ، فإنه متى وفى لأحدهما الدين برئت ذمته نحو الآخر ، ولكن الدائنين مع ذلك غير متضامنين .

(ثانياً) ومادام الدائن (المؤجر) له مدينان (المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن) ، فإنه متى استوفى الدين من أحدهما برئت ذمة الآخر ، ولكن المدينين مع ذلك غير متضامنين [1] .

وعلى أساس هذه الفكرة الرئيسية – تعدد الدائنين لمدين واحد وتعدد المدينين لدائن واحد وذلك في غير تضامن – نبحث في الدعوى المباشرة : (١) العلاقة ما بين الدائن ومدين المدين . (٢) العلاقة ما بين الدائن والمدين . (٣) العلاقة ما بين المدين ومدين المدين.

٥٦٤ – العلاقة ما بين الدائن ومدين المدين : الدائن هو صاحب الدين الذي في ذمة مدين المدين ، وهو دائن مضاف إلى الدائن الأصلي كما قدمنا . وتترتب على ذلك النتائج الآتية :

---

(١) وهذا ما يميز الدعوى المباشرة عن التضامن . وتتميز هذه الدعوى عن الحلول العيني في أن الدائن في الحلول العيني يستعمل دعوى مدينه بالذات لا دعوى أخرى مستقلة ، وتتميز عن حوالة الحق في أن الدائن في حوالة الحق يحل محل سلفه في نفس الدعوى فلا توجد إذن دعويان مستقلتان ، وتتميز عن الاشتراط لمصلحة الغير في أنه لا يوجد في الاشتراط لمصلحة الغير إلا دعوى مباشرة واحدة هي التي تستمع في ذمة المتعهد (دي باج ٢ فقرة ٧١٩ – فقرة ٧١٢) .

(١) يرفع الدائن ، بصفته صاحب الدين ، الدعوى المباشرة باسمه هو لا باسم المدين. وهذا بخلاف الدعوى غير المباشرة فإنه يرفعها باسم المدين كما رأينا [1] . ولا حاجة ، في رجوع الدائن على مدين المدين بالدعوى المباشرة ، إلى أن يكون المدين معسراً ، أو أن يكون الدائن قد رجع عليه أولا ، أو أن يطلب الدائن الحلول محله .

(٢) يستأثر الدائن وحده بفائدة الدعوى المباشرة دون مزاحمة من دائني المدين ، لأنه يرفع هذه الدعوى بصفته صاحب الدين ، لا بصفته دائناً لصاحب الدين ، وبذلك تقرب الدعوى المباشرة من حق الامتياز . ولكن لما كان الدائن يرجع على مدين المدين بصفته دائناً له مباشرة ، فإنه يتحمل مزاحمة دائني مدين المدين .

(٣) لمدين المدين أن يدفع دعوى الدائن — وهي الدعوى المباشرة — بجميع الدفوع الخاصة بالدائن ، وذلك إلى جانب الدفوع الخاص بالمدين . أما في الدعوى غير المباشرة فقد قدمنا أن مدين المدين إنما يحتج بالدفوع الخاص بالمدين دون الدفوع الخاصة بالدائن. فيجوز لمدين المدين في الدعوى المباشرة أن يحتج بأن حق الدائن قبل المدين قد انقضى بالوفاء أو بالمقاصة أو بالإبراء أو بالتقادم أو بغير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام ، أو بأن العقد ما بين الدائن والمدين باطل أو قابل للإبطال . ويجوز لمدين المدين كذلك ، في الدعوى المباشرة ، أن يحتج بأن حق المدين قبله هو قد انقضى وذلك قبل إنذار الدائن إياه بأن يوفى له الدين ، أو بأن العقد بين المدين ومدين المدين يشوبه وجه من وجوه البطلان .

(1) مفاد نص المادة ٢٣٥ من القانون المدني أن يجوز لكل دائن أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلا بشخصه أو غير قابل للحجز ، وعلى الدائن الذي يطالب بحق مدينه أن يقيم الدعوى باسم المدين ليكون المحكوم به حقاً لهذا المدين ويدخل في عموم أمواله ضماناً لحقوق دائنيه ويتقاسموه قسمة غرماء ، فإذا هو لم يرفعها بوصفه دائناً وإنما رفعها استعمالا لحق مباشر له وطلب الحكم لمصلحته لا لمصلحة مدينه فإنما تكون دعوى مباشرة أقامها باسمه ولمصلحته ، وإذا كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده الأول أقام الدعوى بطلب الحكم بإلزام الطاعن والمطعون ضدهم من الثاني إلى السادس — واضعي اليد — بتسليم الأطيان موضوع النـــزاع إلى المطعون ضدها السابقة باعتبارها خلفاً عاماً لمورثها البائع للمطعون ضده الأول وبإلزامها بتسليم ذات الأطيان إليه نفاذاً لعقد البيع الصادر إليه من مورثها . وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه فصل في الدعوى على أنها دعوى غير مباشرة استعمل فيها المطعون ضده الأول الدائن " حقوق مدينه ورثة البائع " فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .
(جلسة ١٩٩١/٥/٩ الطعن رقم ١٧٨٠ لسنة ٥٥ ق) .
(جلسة ١٩٩٠/٣/٥ الطعن رقم ٢١٨٠ لسنة ٥٣ ق) .
(جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤ الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٥١ ق)
(جلسة ٤ ١٩٧٧/٥ السنة ٢٨ ص ١١٣٥) .

(٤) يستطيع الدائن أن يستعمل دعوى مدين مدينه قبل مدين مدين المدين ، لأن مدين مدينه هو مدينه المباشر كما قدمنا . ويستطيع كذلك أن يحجز تحت يد مدين مدين المدين ، لأنه يعتبر مديناً لمدينه على الوجه المتقدم الذكر .

(٥) يجوز لمدين المدين أن يفي بالدين للدائن ، ويكون هذا الوفاء مبرئاً لذمته قبل المدين . كما يجوز له ، قبل أن ينذره الدائن بالوفاء ، أن يفي بالدين للمدين ، ويكون هذا الوفاء مبرئاً لذمته قبل الدائن . ولكن لا يجوز للدائن أن يستوفي الدين من مدين المدين إلا إذا كان الدين الذي له في ذمة المدين مستحق الأداء ، ولا يكفي أن يكون خالياً من النـــزاع كما في الدعوى غير المباشرة ، ولكن ليس من الضروري أن يكون في سند قابل للتنفيذ . ولا يجوز ، في كل حال ، أن يستوفي الدائن من مدين المدين مقداراً أكبر مما له في ذمة المدين ، فهو إنما يرجع على مدين المدين بأقل القيمتين ، قيمة الدين الذي له في ذمة المدين وقيمة الدين الذي للمدين في ذمة مدين المدين .

٥٦٥ — العلاقة ما بين الدائن والمدين : يبقى المدين مديناً لدائنه ، فيكون للدائن مدينان هما المدين ومدين المدين . وتترتب على ذلك النتائج الآتية :

(١) يستطيع الدائن أن يستوفي دينه من المدين ، فتبرأ ذمة المدين قبله .

(٢) وكذلك يستطيع المدين أن يوفي الدين للدائن ، فلا يرجع الدائن بشيء على مدين المدين .

(٣) إذا وفى مدين المدين للدائن الدين الذي في ذمته للمدين ، وكان هذا الدين أقل مما للدائن في ذمة المدين ، رجع الدائن على المدين بالباقي له من الدين .

(٤) ولو أن للدائن مدينين ، هما المدين ومدين المدين ، فليس هناك تضامن في المسئولية بين هذين المدينين . وإذا كان كل منهما مسئولا مباشرة قبل الدائن ، فلا يوجد سبب قانوني للتضامن فيما بينهما . فليست مسئوليتهما إذن مسئولية بالتضامن (solidarité) ، بل هي مسئولية مجتمعة (in solidum) [1] .

٥٦٦ — العلاقة ما بين المدين ومدين المدين : يبقى المدين دائناً مدين المدين ، فيكون لمدين المدين دائنان هما المدين والدائن . وتترتب على ذلك النتائج الآتية:

(١) يستطيع المدين أن يستوفي الدين من مدين المدين ، وذلك إلى وقت إنذار الدائن لمدين المدين بالوفاء ، فتبرأ ذمة مدين المدين نحو الدائن .

(١) أنظر في هذا المعنى ديموج ٧ فقرة ١٠١٢ .

(٢) يستطيع مدين المدين إلى وقت إنذار الدائن له بالوفاء ، أن يوفي المدين الدين ، فتبرأ ذمته نحو الدائن . وتسري في هذه الحالة المخالصة في حق الدائن ولو لم تكن ثابتة التاريخ [1] .

(٣) إذا انقضى الدين ما بين المدين ومدين المدين ، قبل إنذار الدائن لمدين المدين بالوفاء ، بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام ، كالمقاصة والإبراء والتقادم ، سرى ذلك في حق الدائن .

(٤) إذا حول المدين الدين الذي له في ذمة مدين المدين ، قبل إنذار الدائن لمدين المدين بالوفاء ، كانت الحوالة نافذة في حق الدائن .

(٥) إذا حجز دائن للمدين تحت يد مدين المدين ، قبل إنذار الدائن لمدين المدين بالوفاء ، نفذ الحجز في حق الدائن .

(٦) بعد أن ينذر الدائن مدين المدين بالوفاء ، لا يستطيع مدين المدين أن يوفي الدين للمدين ، بل يجب أن يكون الوفاء للدائن وحده [2] . على أنه حتى في هذه الحالة يبقى المدين دائناً لمدين المدين ، دون أن يستطيع استيفاء الدين منه ، ويشبه مركزه في هذه الحالة مركز المدين المحجوز عليه في حجز ما للمدين لدى الغير . ويدل على أن المدين يبقى دائناً لمدين المدين أن مدين المدين متى وفى الدين للدائن ، اعتبر هذا الوفاء لحساب المدين من الدين له في ذمة مدين المدين ، وخصم ما وفى به من الدين في ذمة المدين للدائن [3] .

(٧) ولو أن لمدين المدين دائنين ، هما المدين والدائن ، فليس هناك تضامن بينهما لانعدام السبب القانوني للتضامن [4] .

---

(١) ديموج ٧ فقرة ١٠٠٣ .

(٢) حتى لو كان دين مدين المدين مقترناً بأجل أو معلقاً على شرط ، فيجب على مدين المدين في هذه الحالة أن يوفي الدين للدائن لا للمدين ، وذلك بعد أن يحل الأجل أو بعد أن يتحقق الشرط (ديموج ٧ فقرة ١٠٠٤) .

(٣) قارن ديموج ٧ فقرة ١٠١٢ – فقرة ١٠١٣ . ويذهب إلى أن مدين المدين ، من وقت إنذار الدائن له بالوفاء ، يصبح مديناً للدائن وحده ، وتنتهي مديونيته للمدين .

(٤) ديموج ٧ فقرة ١٠١٢ .

الفصل الثاني

الدعوى البولصية *

أو دعوى عدم نفاذ تصرف المدين

(Action paulienne – Action révocatoire)

٥٦٧ – الأساس الذي بنيت عليه الدعوى البولصية – عدم الدقة في تسميتها دعوى إبطال التصرفات : قدمنا أن الدائن ينفذ في حقه التصرفات الصادرة من مدينه ، فإذا زادت هذه التصرفات في أموال المدين قوي الضمان العام للدائن ، وإذا انتقصت منها ضعف هذا الضمان . والدائن في الحالتين يتحمل أثر ذلك ، فيقوى ضمانه أو يضعف ، لأن المفروض هو أن المدين حسن النية فيما يصدر عنه من التصرفات ، ومادام الدائن لم يحصل على ضمان خاص لحقه ، فهو متروك لهذا الضمان العام . لكن إذا لم يكن المدين حسن النية وكان القصد من تصرفه الإضرار بالدائن بإنقاص الضمان العام ، جاز للدائن أن يطعن في هذا التصرف حتى لا ينصرف إليه أثره . وهو يطعن فيه بالدعوى البولصية . والمعروف أن التسمية اشتقت من اسم البريطور (préteur) الروماني الذي كان أول من أدخلها في القانون الروماني ، وإن كانت صحة هذه التسمية وأنها كانت مستعملة في القانون الروماني أصبحت الآن محل شك كبير [1] .

---

* مراجع : جيللوار (Guillourd) بحث في الدعوى البولصية – أشير (Acher) مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٠٦ ص ٨٠ – جروبيه (Grouber) في الدعوى البولصية في القانون المدني الفرنسي المعاصر رسالة من باريس سنة ١٩١٣ – فينيرون (Vigneron) في الغش في نقل الحقوق رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ – باستيان (Bastian) بحث في إقامة نظرية عامة في عدم النفاذ رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ – ديموج ٧ فقرة ١٠٣ وما بعدها – أنظر أيضاً مقالين للأستاذ عبد العظيم الشقنقيري في مجلة الشرائع السنة الخامسة ص ٣٢٨ – ص ٣٣٦ وص ٤٢٣ – ص ٤٣٠ .

(١) ويبدو أن البريطور " بولص " هذا ليس إلا شخصاً خيالياً اخترعه بعض المحشين (glossateurs) . ولم تكن الدعوى البولصية في عهد القانون الروماني المدرسي دعوى واحدة ، بل كانت دعاوى متعددة أعطيت لحماية الدائنين في حالات مختلفة ، ولم تتوحد في دعوى واحدة إلا في عهد جوستنيان . وكان لهذه الدعاوى في إجراءات القانون الروماني الطابع الجماعي (caractère collectif) ، إذ كانت لا تعطى إلا ضد المدين المفلس لجماعة الدائنين في شخص ممثل لهم هو الذي كان يوكل إليه تصفية أموال المدين (curator bonorum vendendorum) ، فكانت فائدتها تعود على جماعة الدائنين ، لا تختص بواحد منهم دون الآخرين . وقد انقلبت الدعوى البولصية في القانون الحديث من دعوى جماعة (action collective) إلى دعوى فردية (action individuelle) (مقال الأستاذ أشير Acher في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٠٦ ص ٨٥ – جيرار Girad ص ٤٣٥ – ص ٤٣٧ – أكارياس Accarias ٢ فقرة ٨٥٢ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤١٣) .

وكانت هذه الدعوى تسمى " بدعوى إبطال التصرفات " ، وقد استعمل التقنين المدني السابق (م ١٤٣/٢٠٤) لفظ " إبطال " في صددها ، وإن كان قد عدل في مكان آخر (م ٥٥٦/٦٨٠) إلى لفظ " الطعن " وهو أدق من لفظ الإبطال . والواقع من الأمر أن الدائن ، كما رأينا ، لا يطلب إبطال تصرف المدين ، بل هو يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه (أنظر المادة ٢٣٧ من التقنين المدني الجديد) . فإذا أجيب إلى طلبه ، لم يسر التصرف في حقه ، ولكنه يبقى قائماً بين المدين ومن صدر له التصرف . لذلك كان الأولى تسمية الدعوى البولصية بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن ، ويصح أن تختصر هذه التسمية فتكون " دعوى عدم نفاذ تصرف المدين (أنظر المادة ٢٤٣ من التقنين المدني الجديد) ، أو نستبقي للدعوى التسمية التقليدية وهي " الدعوى البولصية".

ونرى مما تقدم أن الأساس الذي بنيت عليه الدوى البولصية هو أن القانون أراد حماية الدائن من غش مدينه المعسر ، فهي والدعوى غير المباشرة يواجهان معاً مديناً معسراً. إلا أن الدعوى غير المباشرة تعالج موقفاً سلبياً لمدين المعسر هو سكوته عن استعمال حقوقه عمداً أو إهمالاً ، أما الدعوى البولصية فتعالج من المدين المعسر موقفاً إيجابياً هو إقدامه على التصرف في حقوقه عن عمد لا عن مجرد إهمال بقصد الإضرار بدائنه . ولما كان كل موقف ينظم القانون له ما يقتضيه من الحماية ، كانت الحماية التي نظمها القانون ضد العمل الإيجابي أشد نشاطاً من الحماية التي نظمها ضد العمل السلبي . فالدعوى غير المباشرة يرفعها الدائن باسم المدين وأثرها ينصرف إلى المدين لا إلى الدائن ، أما الدعوى البولصية فيرفعها الدائن باسمه هو وأثرها ينصرف إليه لا إلى المدين .

ويتبين من ذلك أن الدعوى البولصية تختلف اختلافاً واضحاً عن الدعوى غير المباشرة . ويستطيع الدائن أن يستعمل الدعويين واحدة بعد الأخرى ، فيطعن في تصرف مدينه بالدعوى البولصية ، فإذا لم ينجح في هذا الطعن رفع الدعوى غير المباشرة يطالب بحقوق مدينه في هذا التصرف [1] . ولكنه لا يستطيع الجمع بينهما في إجراءات واحدة لأنهما

= وقد سنت الدعوى البولصية على هذا النحو في ترتيب عملية ، ثم أقرها التقاليد ، فأصبح لأحكامها مميزان (أ) فهي أولا أحكام تقليدية ، وبذلك تصطدم في بعض تفصيلاتها مع المنطق ، وقد رجعها التقنين المدني المصري الجديد إلى المنطق في كثير من هذه التفصيلات . (ب) وهي ثانيا أحكام عملية ، فلا اعتبار معنى عملي في هذه الأحكام ، ولا يعتد بالثمن الذي يعطيه المشترى للمدين مادام يتعذر عملياً على الدائن أن يمد عينه (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٨ ص ٧٧٨ هامش رقم ٣) .

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٤٨ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٤٧ – ديموج ٧ فقرة ١٠٣٠ .

دعويان مختلفتان كما قدمنا [1] ، فلا يستطيع مثلا أن يطعن بالدعوى البولصية في بيع صدر من مدينه وفي الوقت ذات يستعمل حق هذا المدين في المطالبة بالثمن [1] .

والدعوى البولصية وإن كانت ترفع عادة في صورة دعوى مستقلة : إلا أنه يجوز رفعها كذلك دعوى فرعية [2] ، أو إثارتها مسألة أولية [2] .

---

(1) دعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين هما دعويان مختلفتان ، فيجوز للدائن إثبات أن العقد الذي صدر من المدين صوري بغية استبقاء المال الذي تصرف فيه في ملكه ، فإن أخفق جاز له الطعن في العقد الحقيقي بدعوى عدم نفاذ التصرف في حقه ، بغية إعادة المال إلى ملك المدين كما أنه للدائن كذلك في الدعوى الواحدة أن يطعن في تصرف مدينه بالدعويين معاً على سبيل الخيرة يحاول إثبات الصورية أولا فإن لم ينجح انتقل إلى الدعوى الأخرى .

(جلسة ١٩٧١/٢/٢٥ الطعن رقم ٢٥٤ لسنة ٣٦ ق س ٢٢ ص ٢٢٨) .

(جلسة ١٩٧٤/٤/٢٩ الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٩ ق س ٢٥ ص ٧٧٣) .

(جلسة ١٩٧٧/٥/٤ الطعن رقم ٥ لسنة ٤٣ ق س ٢٨ ص ١١٢٥) .

(جلسة ١٩٨٨/١/٦ الطعن رقم ٥٤ لسنة ٥٤ ق) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كانت الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية تختلفان كل منهما عن الأخرى في أساسها وشروطها وآثارها ، ومن ثم لا يجوز الجمع بينهما في آن ، إلا أنه يجوز للدائن أن يستعملها متعاقبتين إحداهما بعد الأخرى . وليس من الضروري أن ترفع الدعوى البولصية استقلالا، بل يصح رفعها كدعوى عارضة أو إثارتها كمسألة أولية ، ولو أثناء قيام الدعوى غير المباشرة ، متى كانت ظروف دفاع الدائن تستلزم ذلك . فإذا كان الدائن عندما وجه في دعواه غير المباشرة من ناظر الوقف بمصادقة مدينه على حساب الوقف قد دفع بأن هذه المصادقة باطلة لصدورها غشاً وتدليساً وبالتواطؤ بين المدين وبين ناظر الوقف ، فإنه لا يكون قد جمع بين الدعوى غير المباشرة وبين الدعوى البولصية في آن ، وإنما هو أثار الدعوى البولصية كمسألة أولية ، فهو بهذا قد استعمل الدعويين على التعاقب ، ويكون من المتعين الفصل في الدعوى البولصية ، وإذا كانت المحكمة قد قصرت بحثها على الدعوى غير المباشرة ، واعتبرت مصادقة المدين نافذة في حقه بمقولة أنه لم يرفع الدعوى البولصية ، فإنها تكون قد أغفلت الفصل في دفاعه ويكون حكمها قد أخطأ في تكييف هذا الدفاع ، وتعين نقضه (نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦١ ص ٢٢٠) .

(2) لما كانت الدعوى البولصية يقصد بها عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين في حق دائنه كان من الجائز إثارتها كدفع للدعوى التي يرفعها المتصرف إليه بطلب نفاذ هذا التصرف ، ولا يلزم أن ترفع في صورة دعوى مستقلة ، ولا يغير من هذا شيئاً أن يكون التصرف مسجلا فإن تسجيله يحول دون أن يدفع دائنه في مواجهة المتصرف إليه الذي يطلب تثبيت ملكيته استناداً إلى عقده المسجل بالدعوى البولصية وليس من شأن تسجيل التصرف أن يغير من طريقة إعمال هذه الدعوى ولا الآثار المترتبة عليها .

(جلسة ١٩٥٠/٣/٣٠ الطعن رقم ١١٤ لسنة ١٨ ق) .

(جلسة ١٩٥٢/٢/١٤ الطعن رقم ٧٢ لسنة ٢٠ ق) .

(٢) أنظر حكم محكمة النقض المتقدم ويقول أنه ليس من الضروري أن ترفع الدعوى البولصية استقلالا ؛ بل يصح رفعها كدعوى عارضة أو إثارتها كمسألة أولية (نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦١ ص ٢٢٠) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه لما كانت الدعوى البولصية يقصد بها =

٥٦٨ — ما استحدثه التقنين المدني الجديد في الدعوى البولصية

وقد استحدث التقنين المدني الجديد بعض التعديلات الهامة في الدعوى البولصية . وأه
تعديل أدخله هو أنه جعل نفع هذه الدعوى لا يقتصر على الدائن الذي رفعها ، بل يه
سائر الدائنين ممن تتوافر فيهم شروط استعمالها . ثم إن التقنين الجديد وسع في نطا
التصرفات التي يجوز للدائن الطعن فيها ، فشمل هذا النطاق ، ليس فحسب ، التصرفات ال
تنقص حقوق المدين ، بل أيضاً تلك التي تزيد في التزاماته ، وكذلك الوفاء الحاصل م
المدين المعسر وتقديمه أحد دائنيه على الآخرين دون حق . وعمد التقنين الجديد إلى الأ
بأسباب التيسير في مسائل الإثبات . فأقام قرائن قانونية على إعسار المدين وعلى غشه وعا
تواطؤ الخلف الأول والخلف الثاني في هذا الغش . وجعل التقنين الجديد للخلف سبيلاً لتو
أثر الدعوى ، إذا هو أودع الثمن خزانة المحكمة . وأنشأ تقادماً خاصاً للدعوى مدته ثلاث
سنوات ، حتى لا يطول الوقت الذي يظل فيه مصير التصرف معلقاً .

على أن التقنين الجديد لم يكتف بتنظيم الدعوى البولصية على هذا النحو ، بل عَ
إلى تنظيم أعم وأشمل لحالة إعسار المدين في جملتها كما سنرى [1] .

= عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين في حق دائنه ، كان من الجائز إثارتها كدفع للدعوى التي يرف
المتصرف إليه بطلب نفاذ التصرف ، ولا يلزم أن ترفع في صورة دعوى مستقلة . ولا يغير من هذا أن يك
التصرف مسجلا ، فإن تسجيله لا يحول دون أن يدفع الدائن في مواجهة المتصرف إليه الذي يطلب تث
ملكيته استناداً إلى عقده المسجل بالدعوى البولصية ، إذ ليس من شأن تسجيل التصرف أن يغير من ط
إعمال هذه الدعوى ولا الآثار المترتبة عليها (نقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض
رقم ٩٧ ص ٣٨٨ — أنظر أيضاً : نقض مدني ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم
ص ٤٩٦ — استئناف مصر ٢١ أبريل سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٧٦ ص ١٦٤) . وقضت محكمة
سويف الكلية (حكم استئنافي) بأنه لا يوجد ما يمنع من رفع الدعوى البولصية بصفة دعوى فرعية ا
رفعت دعوى استحقاق العقار أثناء نظر دعوى نزع الملكية، جاز للدائن الذي طلب نزع الملكية أن ي
في دعوى فرعية في العقد الذي بنيت عليه دعوى الاستحقاق لأنه صدر من المدين إضراراً به (١٧ نـ
سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١ رقم ٦ ص ١٢) .

(١) وهذا ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : " أما الدعوى الثانية : ا
الدعوى البولصية ، فقد عدل المشروع أحكامها تعديلاً جوهرياً من وجوه عدة فقد جعل منها إجراء
مشترك بين الدائنين (الصحيح أنها لا تزال إجراء فردياً يتخذه أي دائن مستقلا عن الدائنين الآخرين)
فائدة الدعوى هي التي أصبحت جماعية مشتركة لا يستقل بها دائن دون آخر) بعد أن كانت إجراء فر
أحكام التقنين الحالي (السابق) ، فلا يقتصر نفعها في وضعها الجديد على من يرفعها من الدائنين
يشمل سائر الدائنين الذين تتوافر فيهم شرائط استعمالها ... وقد بسط المشروع كذلك من نطاق
التصرف المدخول الذي يجوز الطعن فيه باستعمال تلك الدعوى ، فلم يعد أمرها قاصراً على التصرف
بمعناه الضيق الجامد كما استقر في التقاليد ، بل جاوز ذلك إلى ما يستتبع زيادة التزامات المدين أيضاً

ونبحث الدعوى البولصية فنتكلم : (أولاً) في شروط هذه الدعوى (ثانياً) وفي
التي تترتب عليها .

الفرع الأول

شروط الدعوى البولصية

٥٦٩ — النصوص القانونية: تنص المادة ٢٣٧ من التقنين المدني على ما ي

" لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به
يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه ، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين
زاد في التزاماته وترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة في إعساره ، وذلك متى توا
الشروط المنصوص عليها في المادة التالية " .

وتنص المادة ٢٣٨ على ما يأتي :

" ١ — إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يك
منطوياً على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش
ويكفي لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم
معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا الم
معسر " .

" ٢ — أما إذا كان التصرف تبرعاً ، فإنه لا ينفذ في حق الدائن ، ولو كان من ص
له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً " .

= حقوقه من ضروب التصرفات ... وقد أجاز المشروع أيضاً أن يطعن من طريق الدعوى البولص
الوفاء الحاصل من المدين المعسر وإيثاره أحد دائنيه بالأفضلية بغير حق ... ويلاحظ من ناحية أخرى
المشروع عمد إلى الأخذ بأسباب التيسير والتبسط في كل ما يتعلق بالإثبات ، فيسر أمر إقامة الدليل
إعسار المدين وغشه واشتراك الخلف الأول والخلف الثاني في هذا الغش ... ثم إنه هيأ مخرجاً للخ
فعصمه من آثار الدعوى إذ قام بالوفاء بحق الدائن أو قام بإيداع الثمن ... وأنشأ تقادماً مدته سنة (
ثلاث سنوات بتعديل من لجنة مجلس الشيوخ) ، حتى لا يطول أمد الفترة التي يظل مصير التصرف فيها
بمباشرة الدعوى . ومهما يكن مبلغ ما أدخل على الدعوى البولصية من تعديل فهي لا تعدو أن
تنظيماً جزئياً لإعسار المدين بالنسبة لتصرف معين صدر منه ، وهي بوضعها هذا لا تغني عن تنظ
وأشمل يتناول حالة الإعسار في جملتها " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٤ — ص ٦٠٥)

"٣ – وإذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثاني يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً" .

وتنص المادة ٢٣٩ على ما يأتي :

" إذا ادعى الدائن إعسار المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له ما لا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها " .

وتنص المادة ٢٤٢ على ما يأتي :

" ١ – إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق ، فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة " .

" ٢ – وإذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذي عين أصلا للوفاء ، فلا يسرى هذا الوفاء في حق باقي الدائنين . وكذلك لا يسرى في حقهم الوفاء، ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى حقه " .

وتنص المادة ٢٤٣ على ما يأتي :

" تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف . وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه [1] " .

---

(١) تاريخ النص :

م ٢٣٧ : ورد هذا النص في المادة ٣١٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح المادة ٢٤٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ومجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦١٢ – ص ٦١٤) .

م ٢٣٨ : ورد هذا النص في المادة ٣١٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين [illegible] الجديد . فيما عدا عبارة " أو كان ينبغي أن يعلم ذلك " وردت في المشروع التمهيدي في [illegible] الأولى، وفيما عدا عبارة " فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني [illegible] غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بعوض " وهي الواردة في الفقرة [illegible] فإنها وردت في المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف بعوض " . أقرت لجنة المراجعة النص بعد أن حذفت عبارة " وكان ينبغي أن يعلم ذلك " من آخر الفقرة [illegible] وأصبح رقم النص المادة ٢٤٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس [illegible] – استبدلت عبارة " فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني [illegible]

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٢٠٤/١٤٣ و ٦٨٠/٥٥٦ و٧٦/٥٣ والمادة ٧٤ من التقنين المدني المختلط [1] .

المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بعوض " بالعبارة المقابلة التي وردت في المشروع التمهيدي ، وذلك حتى " لا يكون عقد الخلف الثاني معرضاً للطعن إلا إذا كان عالماً بعيب التصرف الأول من جهة المدين والخلف الأول " . وأصبح رقم المادة ٢٣٨ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦١٥ – ص ٦١٨) .

م ٢٣٩ : ورد هذا النص في المادة ٣١٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " إذا ادعى الدائن إعسار المدين ، وأثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، كان على المدين أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها " . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً جعله مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، ليكون أدل على المعنى المقصود ، وأصبح رقم المادة ٢٤٦ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦١٩ – ص ٦٢٠) .

م ٢٤٢ : ورد هذا النص في المادة ٣٢٢ من المشروع التمهيدي على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب . ثم وافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٢ ، وقد اعترض في هذه اللجنة على ما جاء بالنص من بطلان الوفاء بحجة أن التقنين السابق يجعل الوفاء صحيحاً ، فأجيب أن قرينة الغش متوافرة قطعاً ، وهذا ما يبرر الحكم الوارد في النص. ثم أقره مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٨ – ص ٦٣٠).

م ٢٤٣ : ورد هذا النص في المادة ٣٢٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا إحدى مدتي التقادم التي حددت بثلاث سنوات فقد كانت سنة واحدة في المشروع التمهيدي ووافقت لجنة المراجعة على النص كما هو ، وأصبح رقمه المادة ٢٥٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ اقترح بعض حضرات مستشاري محكمة النقض أن تكون إحدى مدتي تقادم الدعوى البولصية ثلاث سنوات بدلا من سنة واحدة ، تبدأ من تاريخ علم الدائن بحصول التصرف أو من تاريخ شهره وليس من تاريخ علمه بسبب عدم نفاذ التصرف. فرأت اللجنة الأخذ بالاقتراح في شقه الأول وزادت مدة التقادم إلى ثلاث سنوات توخياً للتيسير ، ولم تأخذ بالشق الثاني منه لأن الدائن قد يعلم بصدور التصرف ولكن لا يعلم الأسباب التي تستتبع عدم نفاذه في حقه ، وأصبح رقم النص ٢٤٣ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٠ – و ص ٦٣٤ – ص ٦٣٥) .

(١) نصوص التقنين المدني السابق :

م ٢٠٤/١٤٣ : " للدائنين في جميع الأحوال الحق في طلب إبطال الأفعال الصادرة من مدينهم بقصد ضررهم ، وفي طلب إبطال ما حصل منهم من التبرعات وترك الحقوق إضراراً بهم " .

م ٦٨٠/٥٥٦ : " لا يجوز الطعن من الدائنين في تصرف مدينهم في أموال بمقابل إلا إذا كان التصرف حاصلا للإضرار بحقوقهم " .

م ٧٦/٥٣ : " لا يجوز لأحد أن يوقف ما له إضراراً بمداينيه ، وإن وقف كان الوقف لاغياً

م ٧٤ مختلط (لا مقابل لها في التقنين الأهلي : " لا يجوز لأحد أن يهب شيئاً إضراراً بمداينيه الموجودين وقت الهبة " .

وقد قدمنا ما استحدث التقنين المدني الجديد من تعديلات هامة في الدعوى البولصية . وانظر في العيوب العديدة التي تشوب نصوص التقنين المدني السابق نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٨) .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٢٣٨ – ٢٤٠ و٢٤٣ – ٢٤٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المواد ٢٦٣ – ٢٦٥ و٢٦٨ – ٢٦٩ ، وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢٤٠ – ٢٤٢ و ٢٤٥ – ٢٤٦ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٧٨ [1] .

٥٧٠ – الفكرة الأساسية في شروط الدعوى البولصية : يمكن أن ترد شروط الدعوى البولصية جميعاً إلى فكرة أساسية واحدة هي أن المدين بغشه يقصد الإضرار بالدائن ، فهو يتصرف غشاً في ماله ، ويقصد من هذا التصرف أن ينتقص من الضمان العام لدائنيه [2] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٣٨ – ٢٤٠ و ٢٤٣ – ٢٤٤ : (مطابقة لنصوص التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٦٣ – ٢٦٥ – و ٢٦٨ – ٢٦٩ : (مطابقة لنصوص التقنين المدني المصري). وأنظر في شرح نصوص التقنين المدني العراقي الدكتور حسن علي الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي ص ٨١ – ص ٩٦ .

التقنين المدني الليبي م ٢٤٠ – ٢٤٢ و ٢٤٥ – ٢٤٦ : (مطابقة لنصوص التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧٨ : يحق للدائنين الذين أصبح دينهم مستحق الأداء أن يطلبوا باسمهم الخاصة فسخ العقود التي عقدها المديون لهضم حقوقهم ، وكانت السبب في إحداث عجزه عن الإيفاء أو تفاقم هذا العجز . أما العقود التي لم يكن بها المديون إلا مهملاً للكسب فلا تنالها دعوى الفسخ. وهذه الدعوى المسماة " بالدعوى البوليانية " يجوز أن تتناول أشخاصاً عاقدهم المديون عدعة. غير أنه لا تصح إقامتها على الأشخاص الذين نالوا حقوقهم مقابل عوض إلا إذا ثبت اشتراكهم في التواطؤ مع المديون . ولا يستفيد من نتائج هذه الدعوى إلا الشخص أو الأشخاص الذين أقاموها ، وذلك على قدر ما يجب لصيانة حقوقهم . أما فيما زاد عنها فيبقى العقد قائماً ، ويستمر على إنتاج جميع مفاعيله . وتسقط هذه الدعوى بمرور الزمن بعد عشر سنوات .

(وتنظيم الدعوى البولصية في القانون اللبناني أقرب إلى التنظيم الذي أخذ به القانون الفرنسي ، ويختلف عن القانون المصري في بعض مسائل ، أهمها أن القانون اللبناني لا يجعل الدعوى تفيد إلا الدائن الذي رفعها دون غيره من الدائنين ، وأن مدة التقادم في هذا القانون هي عشر سنوات . ولم يبين تقنين الموجبات والعقود اللبناني ما إذا كان يجوز الطعن بالدعوى البولصية في التصرف الذي يزيد في التزامات المدين من أعمال الوفاء الدين – أنظر في الدعوى البولصية في القانون اللبناني الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٦١ – ص ٦٧) .

(٢) وقد حصت محكمة النقض شروط الدعوى البولصية على الوجه الآتي : إذا كانت محكمة الاستئناف استخلصت من وقائع الدعوى ما استدلت منه على إعسار المدين المتصرف وسوء نيته هو والمتصرف إليه وتواطئهما على الإضرار بالدائن ، ثم طابقت ما استخلصته من ذلك وبين المعاني القانونية لأركان الدعوى البولصية ، وهي كون دين رافع الدعوى سابقاً على التصرف المطلوب إبطاله وكون هذا التصرف أعسر المدين وكون المدين والمتصرف له سيئ النية متواطئين على الإضرار بالدائن ، ثم قضت بعد ذلك ...

ويتبين من النصوص التي قدمناها أن شروط الدعوى البولصية ، كشروط الدعوى غير المباشرة ، بعضها يرجع إلى الدائن ، وبعضها يرجع إلى التصرف الذي يطعن فيه الدائن، وبعضها يرجع إلى المدين . ثم إن التقنين المدني الجديد قد استحدث الدعوى البولصيه ، كما رأينا ، تقادماً خاصاً تستكمل به شروط رفعها .

المبحث الأول

الشروط التي ترجع إلى الدائن

٥٧١ – يشترط في الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء : حتى يجوز للدائن أن يطعن في تصرف المدين بالدعوى البولصية يجب أن يكون حقه مستحق الأداء [1] وفي هذا تختلف الدعوى البولصية عن الدعوى غير المباشرة ، فقد قدمنا أنه يكفي في الدعوى الأخيرة أن يكون حق الدائن خالياً من النزاع ولا يشترط أن يكون مستحق الأداء . ويبرر هذا الفرق بين الدعويين أن الدعوى البولصية أكبر خطراً من الدعوى غير المباشرة ، فالدائن فيها يتدخل في أعمال المدين تدخلا خطيراً إذ يطعن في تصرف صدر منه ، ويقيم الدائن الدعوى باسمه فهو يهاجم المدين بمقتضى حق ثابت له، ولا يكون ذلك إلا لأن الدائن قد اعتزم التنفيذ بحقه ، فوجب أن يكون حقه مستحق الأداء [1] . أما في

= التصرف ، فذلك حسبوا ليكون حكمها سديد مستوفي الأسباب (نقض مدني ١٦ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٨ ص ١٠٩٥ – أنظر أيضاً استئناف مصر ٢١ يونية سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ١٧١ ص ٥٧٣) .

(١) نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٢ ص ٦٧٤ (حيث وردت في الحكم عبارة " دين محقق الوجود " ويراد بها " دين مستحق الأداء ") – نقض مدني ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨٤ ص ٤٩٦ (حيث يصرح الحكم بأن الدين يجب أن يكون مستحق الأداء) – ومن كان حقه صورياً لا يجوز له الطعن في تصرفات مدينه بالدعوى البولصية (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٠٨٥) وكذلك لا يستطيع استعمال الدعوى غير المباشرة .

(1) المقرر وفقا لما تقضي به المواد ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، ٢٣٩ من القانون المدني أنه يشترط في حق الدائن الذي يستعمل دعوى نفاذ التصرف أن يكون دينه حال الأداء وسابقاً في نشوئه على صدور التصرف المطعون فيه والعبرة في ذلك بتاريخ نشوء حق الدائن لا بتاريخ استحقاقه ولا بتاريخ تعيين مقداره والفصل فيما يثار بشأنه من نزاع ، وأن يثبت للدائن التواطؤ بين المدين وبين المتصرف إليه على الإضرار بحقوقه ويكفي لاعتبار الغش متوافراً أن يثبت علم كل من المدين والمتصرف إليه بإعسار المدين وقت صدور التصرف المطعون فيه ، وإذا ادعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمة مدينه من ديون وحينئذ يكون على المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها ويكون ذلك أيضا للمتصرف إليهم لا دفعاً منهم بالتجريد بل إثباتاً لتخلف شروط الدعوى المذكورة .
(جلسة ١٩٨٤/٥/٨ الطعن رقم ٢١٣٦ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١٢١٣) .

الدعوى غير المباشرة فالدائن يقتصر على استعمال حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين .
فالدعوى أقرب إلى الأعمال التحفظية من الدعوى البولصية ، فلم يشترط القانون فيها أن
يكون حق الدائن مستحق الأداء واكتفى بأن يكون خالياً من النــزاع . وقد صرح التقنين
المدني الجديد بهذا الفرق ما بين الدعويين . فأعطى الدعوى البولصية " لكل دائن أصبح حقه
مستحق الأداء " (م ٢٣٧) . وأعطى الدعوى غير المباشرة " لكل دائن ولو لم يكن حقه
مســتحقه الأداء " (م ٢٣٥) [(١)] .

وبديهي أنه مادام يشترط في الدائن ، لرفع الدعوى البولصية ، أن يكون حقه
مستحق الأداء ، فإن هذا الحق يجب أيضاً أن يكون خالياً من النــزاع على النحو الذي
بسطناه في الدعوى غير المباشرة [(١)] ، فإن استحقاق الأداء مترتبة في الحقوق أعلى من مرتبة
الخلو من النــزاع ، ومتى اشترطت المرتبة الأعلى فإن المرتبة الأدنى تكون ضمناً مشترطة .

ويترتب على ما قدمناه أن الدائن إذا كان حقه متنازعاً فيه لا يستطيع استعمال
الدعوى البولصية [(٢)] . كذلك لا يستطيع استعمال الدعوى البولصية الدائن الذي يكون
حقه معلقاً على شرط واقف [(٣)] أو مقترنا بأجل واقف [(٤)] ، لأن الحق حتى إذا كان خالياً

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢ .
(1) حق الدائن في طلب إبطال تصرفات مدينه الضارة به يثبت له متى أصبح دينه محقق الوجود ، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضي للمطعون عليه الثاني بإبطال كتاب الوقف قد أقام قضاءه على أنه وقد قضي بتثبيت ملكية المطعون عليه سالف الذكر إلى نصيب المطالب بريعه في الأطيان المتروكة عن مورثه والتي وقفتها زوجة هذا الأخير إضراراً بدائنيها فيكون متجمد هذا الريع قد أصبح ثابتاً في ذمة الواقفة من تاريخ وفاة مورثه . ومن ثم يكون محقق الوجود قبل إنشاء الوقف المطلوب الحكم بإبطاله ، فإن هذا الذي قرره الحكم لا خطأ فيه .
(جلسة ١٩٨٤/٥/٨ الطعن رقم ٢١٣٦ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١٢١٣) .
(٢) استئناف أهلي ٢٨ يناير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ١٠٥ — استئناف مختلط ٢٠ يونية سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٥١ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥١ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٨٤ — ويعتبر حق الكفيل في الرجوع على المدين المكفول خالياً من النــزاع منذ يعلن الدائن الكفيل بوفاء الدين، وذلك يجوز للكفيل في هذا الوقت أن يطعن في تصرفات المدين بالدعوى البولصية (محكمة المنصورة المختلطة ٢٥ فبراير سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ٢٠٥ ص ١٠٩) — وإذا كان حق الدائن غير خال من النــزاع ، ثم صدر حكم ابتدائي بحسم النــزاع لصالحه ، واستأنف المدين الحكم ، فإن الدعوى البولصية توقف حتى يبت في الاستئناف الذي يتوقف عليه مصير الحق (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر ســنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٨٤) .
(٣) لوران ١٦ فقرة ٤٥٩ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٨٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٥ — دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٤٩ .
(٤) وسنرى أنه يشترط في المدين أن يكون معسراً . ولا تعارض بين إعسار المدين وبقاء أجل الدين في الدعوى البولصية لسببين : (١) الأجل لا يسقط بمجرد الإعسار ، بل يجب لســقوطه أن يصدر به حكم كما سنرى بإسقاطه =

من النــزاع يكون غير مستحق الأداء ، وقد قدمنا أن الدائن يستطيع في حالتي الشرط
والأجل الواقفين أن يستعمل الدعوى غير المباشرة لأن الحق في استعمال هذه الدعوى لا
يشترط فيه أن يكون مستحق الأداء . أما إذا كان الحق معلقاً على شرط فاسخ أو مقترن
بأجل فاسخ ، فإن الدائن يستطيع استعمال الدعوى البولصية ، لأن الشرط الفاسخ والأجل
الفاسخ لا يمنعان الحق من أن يكون مستحق الأداء [(١)] .

٥٧٢ – أي دائن حقه مستحق الأداء يستطيع استعمال الدعوى البولصية :

البولصية : وأي دائن حقه خال من النــزاع مستحق الأداء يستطيع استعمال الدعوى
البولصية ، لا فرق في ذلك بين دائن شخصي ودائن مرتهن له حق امتياز على النحو الذي
قدمناه في الدعوى غير المباشرة [(٢)] .

= سنرى ، فجاز أن يكون المدين معسراً دون أن يسقط الأجل ، إذا لم يصدر حكم بالإعسار . (٢) وللإعسار في الدعوى البولصية ، فوق ذلك ، معنى عملي ينطوي على كثير من المرونة ، إذ يعتبر إعساراً في هذه الدعوى إلا يكون للمدين مال ظاهر يفي بجميع ديونه حتى لو كان له مال غير ظاهر يفي بجميع الديون، أو مال ظاهر ولكن يتعذر التنفيذ عليه . كذلك يعتبر إعساراً أن يتصرف المدين في عين من أعيان تركة مستغرقة بالديون ، حتى لو كان عنده أموال شخصية تفي بديون التركة — ففي جميع هذه الأحوال لا يسقط الأجل وإن توافر شرط الإعسار لرفع الدعوى البولصية ، فلا يجوز عندئذ للدائن رفعها لأن حقه غير مستحق الأداء .
(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٥ .
(٢) لا يجوز أن يكون الرهن أو الامتياز الذي أريد به تقوية حق الدائن سبباً في إضعاف هذا الحق ، وحرمان الدائن مما هو ثابت لسائر الدائنين (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٢٨ — لوران ١٦ فقرة ٤٥٧ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٣ — ص ١٩٤ وهامش رقم ٢ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٨٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٤ — دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٤٧ — فتحي زغلول ص ٣٦٩) .

فإذا كان الشيء الذي تصرف فيه المدين هو غير الشيء الذي ثبت عليه حق الرهن أو حق الامتياز فالأمر ظاهر . لأن الدائن ذا التأمين العيني يعتبر دائناً شخصياً بالنسبة إلى هذا الشيء . ولكن يشترط في هذه الحالة أن الشيء الذي ترتب عليه التأمين العيني يكون غير واف بالدين حتى يتحقق الضرر من التصرف المطعون فيه (استئناف مختلط ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٨٣ ص ٧٠٥) .
إذا كان الشيء الذي تصرف فيه المدين هو الذي ترتب عليه التأمين العيني ، فللدائن صاحب هذا التأمين يطعن كذلك في التصرف حتى لا يكون مضطراً إلى تتبع الشيء في يد الغير فيعرضه ذلك إلى خطر التط
(أنظر في مبررات أخرى استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢٠ — بودري وبارد ١ ف ٦٨٣ ص ٧٠٤ هامش رقم ٥ — أنظر عكس ذلك : استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥ — ٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٩٢) . ويستطيع الدائن صاحب التأمين العيني الطعن في التصر حتى بعد أن يمتنع عن زيادة العشر في إجراءات التطهير أو حتى بعد أن يريد العشر ، وحتى بعد أن يبد التنفيذ بحقه على ثمن العين (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٢٨ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — لوران ١٦ فقرة ٤٥٧ —

كذلك يجوز أن يكون حق الدائن غير مقدر مادام مستحق الأداء ، فيستطيع المضرور في العمل غير المشروع ، حتى قبل أن يقدر التعويض المستحق له ، أن يستعمل الدعوى البولصية ويطعن في تصرف صدر من مدينه المسئول عن العمل غير المشروع بقصد "تهريب" ماله حتى لا ينفذ عليه الدائن بالتعويض المستحق له [1] .

ولا يشترط كذلك أن يكون حق الدائن ثابتاً في سند قابل للتنفيذ ، فإن الدائن سيحصل على هذا السند عند رفع الدعوى البولصية ، ذلك أن القاضي في هذه الدعوى يبحث صفة المدعي فيثبت أمامه أنه دائن وأن حقه مستحق الأداء ، فحكمه بإجابة الدائن إلى الطعن بالدعوى البولصية حكم بحق الدائن ، فيصبح هذا الحق قابلا للتنفيذ .

ولا فرق كذلك ، في رفع الدعوى البولصية ، بين دائن حقه نقد ودائن حقه عين ودائن حقه عمل أو امتناع عن عمل ، فالكل سواء في استعمال هذه الدعوى ، على النحو الذي قدمناه في الدعوى غير المباشرة .

ولا فرق أخيراً بين ما إذا كان مصدر الحق تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية ، ففي الحالتين يكون للدائن أن يستعمل الدعوى البولصية كما أن له أن يستعمل الدعوى غير المباشرة فيما قدمناه [2] .

ولكن يشترط ، خلافاً للدعوى غير المباشرة ، أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه ، وسيأتي بيان ذلك فيما يلي .

= أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٧ هامش رقم ٢ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٨٣ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٤) . ويتبين مما تقدم أن المدين إذا تصرف في الشيء المرهون ، فشرط الإعسار يأخذ معنى جديداً ، ويكفي لتوافر هذا الشرط أن يفوت الدائن التنفيذ على العين المرهونة ذاتها (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٠ هامش رقم ١) .

(١) وكذلك يجوز للدائن في حساب لم تتم تصفيته أن يطعن في تصرف صدر من مدينه بالدعوى البولصية .

(٢) وقد يكون الدائن الذي يطعن في تصرف المدين دائناً لشركة تضامن ويكون التصرف الذي يطعن فيه صادراً من شريك غير مدين له شخصياً (استئناف مختلط ٧ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨) . ويجوز للحارس القضائي المعين بناء على طلب الدائنين أن ينضم للدائن في الدعوى البولصية (استئناف مختلط ٦ يونية سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٠ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٠ هامش رقم ٢) .

المبحث الثاني

الشروط التي ترجع إلى التصرف المطعون فيه

٥٧٣ – شروط ثلاثة : يشترط فيما يطعن فيه الدائن من أعمال المدين أن يكون : (١) تصرفاً قانونياً (٢) مفقراً (٣) تالياً في الوجود لحق الدائن .

المطلب الأول

تصرف قانوني

٥٧٤ – لا طعن في الأعمال المادية : يجب أن يكون العمل الصادر عن المدين، ويطعن فيه الدائن ، تصرفاً قانونياً (acte juridique). فإذا كان عملا مادياً، لم يتصور الطعن فيه : فلو أن المدين تسبب عمداً أو إهمالا في الإضرار بالغير بعمل غير مشروع، فالتزم بالتعويض ، وجعله هذا الالتزام معسراً ، فلا سبيل للدائن إلى الطعن في العمل غير المشروع ، فإن هذا العمل بحكم أنه عمل مادي نافذ ضرورة في حق الدائن .

كذلك لو ترك المدين عيناً مملوكة له في يد الغير حتى ملكها الغير بالتقادم ، فإنه لا يتصور أن يطعن الدائن في هذا العمل المادي السلبي – وهو ترك المدين العين حتى تملكها الغير – ولكن يجوز ، قبل تمام التقادم ، أن يتدخل الدائن باسم المدين فيقطع التقادم ، أن يتدخل الدائن باسم المدين فيقطع التقادم ، ويسترد العين بالدعوى غير المباشرة .

أما إذا كان العمل المادي إثراء على حساب الغير ، فإن المدين لا يلتزم إلا بأدنى القيمتين ، قيمة ما أثري به هو وقيمة ما افتقر به دائنه . فلن يكون هذا الالتزام سبباً في إعسار المدين أو في زيادة إعساره ، ولذلك لا يكون الإثراء على حساب الغير قابلا للطعن فيه بالدعوى البولصية ، ليس فحسب لأنه عمل مادي ، بل أيضاً لأنه لا يؤدي إلى إعسار المدين [1] .

---

(١) كذلك إذا وفى المدين بدين غير مستحق عليه ، فإن الوفاء مع أنه تصرف قانوني يكون عادة مصحوباً بغلط، أي أن المدين يكون حسن النية ، فلا يجوز للدائن أن يطعن في هذا الوفاء بالدعوى البولصية لتخلف شرط الغش . ولكن يجوز للدائن في هذه الحالة أن يستعمل ، بالدعوى غير المباشرة ، حق المدين في استرداد غير المستحق .

٥٧٥ – إنما يكون الطعن في تصرف قانوني : وأي تصرف قانوني يصدر من المدين يكون قابلاً للطعن فيه بالدعوى البولصية إذا توافرت الشروط الأخرى لهذه الدعوى [١] ، سواء كان التصرف صادراً من جانب واحد أو كان صادراً من الجانبين وسواء كان تبرعاً أو معاوضة .

مثل التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد نزول المدين عن حق عيني (كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن) ، ونزوله عن وصية صادرة له ، ونزوله عن اشتراط لمصلحته ، وإبراؤه مديناً له إذ الإبراء تصرف قانوني صادر من جانب واحد في التقنين المدني الجديد ، ووقفه عيناً مملوكة له وقفاً خيرياً (بعد إلغاء الوقف الأهلي) [١] ، والإجازة الصادرة من المدين لتصحيح عقد قابل للإبطال إذا كانت صحته تضر بالدائنين [٢] .

ومثل التصرفات القانونية الصادرة من الجانبين ، تبرعاً أو معاوضة ، الهبة والبيع [٣] والمقايضة والوفاء بمقابل والشركة والصلح [٤] والاشتراط لمصلحة الغير [٥] . ويجوز أيضاً الطعن في إعطاء تأمين للدائن لتقديمه على غيره من الدائنين ، وفي الوفاء لأحد الدائنين قبل حلول الأجل بل وعند حلوله .

---

(1) أ – الحكم الصادر برسو المزاد ليس حكماً بالمعنى المفهوم للأحكام الفاصلة في الخصومات إنما هو عقد بيع ينعقد بين مالك العقار المنفذ عليه وبين المشتري الذي تم إيقاع البيع عليه ، ومن ثم فإنه يترتب على صدور حكم مرسى المزاد وتسجيله الآثار التي تترتب على عقد البيع الاختياري وتسجيله فهو لا يحمي المشتري من دعوى الفسخ والإلغاء والإبطال وبالتالي يجوز للدائن طلب عدم نفاذها في حقه بالدعوى البولصية وفقاً للمادتين ٢٣٧ و ٢٣٨ من القانون المدني .

(جلسة ١٩٧٦/٣/٣ الطعن رقم ٦٧١ لسنة ٤١ ق س ٢٧ ص ٥٤١) .

ب – عدم النفاذ المنصوص عليه في المادة ٢٣٧ من القانون المدني يرد على التصرفات وليس على الأحكام الصادرة ضد المدين .

(جلسة ١٩٧٧/٤/١٣ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٨ ص ٩٦٢) .

(١) وقد نص التقنين المدني السابق (م ٥٣/٧٦) صراحة على الوقف (استئناف أهلي ٥ يناير سنة ١٨٩٩ م ١ ص ١٩٢) .

(٢) بودري وبارد ١ فقرة ٦٩١ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٣ .

(٣) ويلاحظ أن الهبة والبيع في مرض الموت يأخذان حكم الوصية ، فلا يحتاج الدائن إلى الطعن فيهما ولا في الوصية ، فإنه يستوفي حقه من التركة قبل استيفاء الموصى له للوصية (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٣ ص ٧٩١ هامش رقم ٦) .

(٤) استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٢٠ – ويجوز الطعن في الصلح بالدعوى البولصية [illegible] بعد تصديق المحكمة عليه (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٩١) .

(٥) كما إذا أمن المدين لمصلحة أحد الدائنين أو لمصلحة أولاده ، فللدائن إذا نجح في الدعوى البولصية [illegible] على أقساط التأمين التي خرجت من مال المدين ، لا على مبلغ التأمين الذي هو حق مباشر [illegible]

٥٧٦ – صورتان للدعوى البولصية – التدخل في القسمة واعتراض الخارج عن الخصومة : وهناك صورتان خاصتان للدعوى البولصية ، هما التدخل في القسمة والتماس إعادة النظر .

أما بالنسبة إلى التدخل في القسمة ، فقد نصت المادة ٨٤٢ من التقنين المدني على ما يأتي : " ١ – لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عيناً أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم ، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات ، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم . ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة . ٢ – أما إذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش " . وهنا نرى الدعوى البولصية يستعملها الدائن ، لا لإصلاح ما وقع من الضرر ، بل لمنع الضرر بل وقوعه ، فهو يتدخل في إجراءات القسمة حتى يراقب مدينه ويمنعه من الإضرار بحقه . على أنه إذا تمت القسمة دون تدخل الدائن في إجراءاتها ، وتبين أن المدين قد تعمد الإضرار بحقوق الدائن : بأن أفرز مثلاً لنفسه نصيباً أقل مما يستحقه إضراراً بضمان الدائن ، فإنه يجوز للدائن بعد تمام القسمة أن يطعن فيها بالدعوى البولصية ، في صورتها العادية المألوفة ، لإصلاح ما وقع من الضرر ، مادام قد فاته أن يمنع هذا الضرر قبل وقوعه [١] .

وأما عن التماس إعادة النظر فقد نصت الفقرة الثامنة من المادة ٢٤١ من تقنين المرافعات على أنه " لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى بصفة انتهائية حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها ، أن يلتمس إعادة النظر في هذا الحكم بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم " . وهنا يطعن الدائن ، لا في تصرف قانوني صدر من مدينه، بل في حكم صدر ضد مدينه نتيجة لتواطؤ هذا المدين مع خصمه حتى يصدر الحكم ضده إضراراً بالدائن ، أو نتيجة لإهمال جسيم من المدين في دفاعه عن حقه. وغني عن البيان

---

(١) وقد قضت محكمة الإسكندرية الكلية الأهلية بأنه وإن كانت المادة ٤٦٠ مدني (٨٤٢ جديد) تجيز لأرباب الديون الشخصية التي على أحد الشركاء الدخول في دعوى القسمة القائمة بين الشركاء ، فإن القسمة التي تحصل بدون حضورهم لا تعتبر لاغية ، بل يجوز إلغاؤها بناء على طلبهم إذا ثبت أنها أضرت بحقوقهم (١٢ أكتوبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١/١٨) . أنظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٣٢ – ١٥ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤١ – ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠٠ – ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥ – ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥٦ – ٢١ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٥٢ .

أن الحكم الصادر على هذا الوجه ضد المدين كان يسري في حق الدائن فينتقص من ضمانه العام . لولا أن أجاز تقنين المرافعات الجديد الطعن عن طريق التماس إعادة النظر وكان تقنين المرافعات المصري وكذلك لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (م ٣٣٧ – ٣٣٨) وتقنين المرافعات المختلط (م ٤١٨) تنص على أن – للدائن الطعن في الحكم عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة [1] . وهذه الصورة من الطعن هي صورة خاصة للدعوى البولصية تتلاءم مع طبيعة الحكم . فإذا أثبت الدائن في الالتماس الذي يرفعه ضد المحكوم له غش المدين أو تواطؤه أو إهماله الجسيم ، لم يصح الحكم المطعون فيه حجة عليه ولم يسر في حقه. وتختلف هذه الصورة الخاصة عن الصورة المألوفة للدعوى البولصية في أمرين: (١) يكفي في هذه الصورة الخاصة أن يثبت الدائن إهمالا جسيماً من المدين دون أن يثبت غشه . (٢) لا يستفيد من الطعن في هذه الصورة الخاصة إلا الدائن الذي رفع التماس دون سائر الدائنين.

المطلب الثاني

تصرف مفقر

٥٧٧ – تصرف ينقص من حقوق المدين أو يزيد في التزاماته : ويجب أن يكون التصرف القانوني الصادر من المدين تصرفاً ينقص من حقوقه [2] أو يزيد في التزاماته ، وهذا هو المعنى المقصود بالتصرف المفقر (acte d'appauvrissement) .

على أن هذه العبارة – التصرف المفقر – كانت محدودة المعنى في عهد التقنين المدني السابق ، إذ جرت تقاليد الدعوى البولصية على أن يكون التصرف المفقر هو التصرف الذي ينقص من حقوق المدين دون التصرف الذي يزيد في التزاماته [3] .

---

(١) استئناف مختلط ١٢ يونيه سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٦ – ٢ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨١ – ٤ يونية سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٨ – الأستاذ عبد الحميد أبو هيف في المرافعات فقرة ١٢٨٧ – الأستاذ عبد المنعم حسني ٣ ص ٢٠٣ – ديمولومب ٢٥ فقرة ١٥٧ – لوران ١٦ فقرة ٤٧٢ – هيك ٧ فقرة ٢٢٤ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٩٣ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٤ .

(٢) وغني عن البيان أن التصرف هنا معناه التصرف القانوني دون العمل المادي ، فإذا نزع المدين من العقار المرهون رهناً رسمياً بعض توابعه التي اعتبرت عقاراً بالتخصيص وشملها الرهن على هذا الأساس ، فإن هذا العمل المادي لا يطعن فيه بالدعوى البولصية ، ولكنه باعتباره عملا ينقص من ضمان الدائن قد يكون سبباً في حلول أجل الدين أو في مطالبة الدائن المدين تأمين تكميلي ، كما تقضي بذلك الفقرة الأولى من المادة ١٠٤٨ مدني (قارن مع ذلك ديموج ٧ فقرة ١٠٦١ حيث يرى جواز الطعن بالدعوى البولصية في هذه الحالة) .

(٣) استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٨ . أنظر في القانون الروماني جايس ٢ فقرة ١٩٠...

مثل أن ينقص المدين من حقوقه أن يهب عيناً مملوكة له أو يبرئ مديناً من حق له في ذمته ، فقد أنقص حقوقه إذ تبرع بحق عيني في حالة الهبة وبحق شخصي في حالة الإبراء [1] . كذلك رفض المدين لوصية يعد إنقاصاً لحقوقه ويجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، لأن الموصى له يملك الشيء الموصي به بموجب الوصية ، فإذا رفضها بعد ذلك كان رفضه بمثابة نزول عن شيء مملوك له . ويجوز للدائن ، بعد الطعن في رفض المدين للوصية، أن يقبلها باسمه، فإن القبول هنا ليس مجرد رخصة بل هو حق يجوز للدائن استعماله باسم المدين وقد تقدم ذكر ذلك [2] . كذلك إذا باع المدين عيناً أو حقاً شخصياً ، أما الثمن الذي قبضه فيجب أن نفرض أنه كان ثمناً بخساً أو أن استطاع أن يخفيه أو يبدده بحيث لا يتمكن الدائن من التنفيذ عليه بحقه ، حتى يمكن القول بأن هذا التصرف المفقر كان سبباً في إعسار المدين أو في زيادة إعساره ، وهو شرط لازم في الدعوى البولصية كما سرى .

أما أن يزيد المدين في التزاماته فكان في عهد التقنين المدني السابق ، كما سبق القول، لا يعتبر تصرفاً مفقراً ، فكان لا يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية . فاستحدث التقنين المدني الجديد تعديلا هاماً في هذه المسألة ، إذ نص صراحة في المادة ٢٣٧ ، كما رأينا ، على جواز الطعن بالدعوى البولصية " إذا كان التصرف قد أنقص من حق المدين أو زاد في التزاماته " ، وبذلك عالج عيباً تقليدياً في الدعوى البولصية كان يستوقف النظر . فإن المدين الذي يقترض حتى يزيد في التزاماته فيعسر [3] ، يضر بدائنيه القدر الذي يضرهم به لو باع عيناً مملوكة له فأنقص من حقوقه وكان هذا الإنقاص سبباً في إعساره . فهو قد أضعف

---

(١) كذلك يجوز الطعن في قبول المدين لحكم صدر ضده (استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١) وفي إجازة المدين لتصرف كان قابلا للإبطال (استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٧٤) .

(٢) بودري وبارد ١ فقرة ٦٥٦ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٢ – الأستاذ عبد السلام ذهني فقرة ٣٤٤ – قارن دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٤٤ – فقرة ٤٥ – ديمولومب ٢٥ فقرة ١٦٦ ص ١٦١ – وأنظر عكس ذلك : مسينا ٣ فقرة ٧١٨ ص ٣٢٤ – استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤٢ – ١٥ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ .

أنظر في إمكان الطعن في رفض المدين لربح أصابه من رهان أو " يانصيب " ، وهو ربح أصبح ملكاً له فرفضه يكون إنقاصاً لحقوقه ، إلى دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٤٦ .

(٣) وغني عن البيان أننا نفترض أن المدين عندما اقترض أخفى ما اقترضه ، وإلا لما كان القرض سبباً في إعساره أو في زيادة إعساره متى وجد مبلغ القرض في ماله ، إذ يكون في هذه الحالة قد اغتنى بقدر ما افتقر ، فلا يكون للقرض أثر في إعساره . وعلى هذا النحو يعلل بعض الفقهاء في فرنسا كيف أن زيادة الالتزامات ليست عرضة للطعن فيها بالدعوى البولصية ، هذا ما لم يكن المدين قد شاطر الدائن ما اقترضه ، فيكون القرض في هذه الحالة سبباً في افتقاره (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٢٤) .

ضمان الدائنين في الحالتين بعمل إيجابي ، ولا فرق بين أن يفعل ذلك بزيادة التزاماته أو إنقاص حقوقه ، فالنتيجة واحدة بالنسبة إلى الدائنين . فالمنطق إذن يقضي بجعل زيادة المدين لالتزاماته ، كإنقاصه لحقوقه ، تصرفاً مفقراً يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية. وقد سار في على هذا الرأي بعض الفقهاء في فرنسا [1] . ولكن تقاليد هذه الدعوى تأبى إلا أن تميز بين الشيئين ، ولا تجعل التصرف المفقر إلا ذلك النقص المادي في الحقوق ، وهو النقص المباشر الذي يقع تحت الحس ، بخلاف زيادة الالتزامات فهي تنقص الحقوق إلا بطريق غير مباشر [2] . ويبنى على ذلك ، إذ نحن اتبعنا هذه التقاليد ، أن المدين بدلا من أن يبيع عيناً مملوكة له بثمن بخس إضراراً بدائنيه ،يشتري عيناً بثمن باهظ متواطئاً مع البائع حتى يصبح هذا دائناً له بالثمن أي بمبلغ جسيم يكون سبباً في إعساره ، فيصل من هذا الطريق إلى الإضرار بدائنيه حيث يعجز عن ذلك من الطريق الأول ، ويكون ما أعطاه القانون من الحماية للدائن باليمين قد سلبه منه بالشمال [3] . وهذه نتيجة لا يصح الوقوف عندها وكان الأولى عدم التقيد بتقاليد القانون الروماني إلى هذا الحد . وهذا ما فعله التقنين المدني الجديد ، عندما نص صراحة على جواز الطعن بالدعوى البولصية في تصرف المدين الذي يزيد في التزاماته [4] . ومن ثم يجوز للمدين الطعن في عقد القرض الذي يقترض المدين بموجبه مبلغاً من المال يزيد في التزاماته فيسبب إعساره أو يزيد في هذا الإعسار ، وفي عقد الشركة الذي يلتزم المدين بموجبه أن يدفع مبلغاً من المال كحصة له في الشركة ويكون هذا

(1) بودري وبارد ١ فقرة ٧٠٩ ص ٧٣٢ وفقرة ٦٧٠ – قارن أيضاً بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٨ ثم إن القضاء والفقه في فرنسا يجيزان للدائن أن يطعن في قبول الوارث المدين لتركة معسرة أو في الزوجة المدينة لتركته المعسرة . واعتراض الدائن على عمل مدينه في هذا القبول إنما يقوم على أن المدين يزيد في التزاماته بأكثر مما يزيد في حقوقه ، بحيث أن زيادة الالتزامات على الحقوق يترتب عليها إعساره هو . فالعمل الذي يطعن فيه الدائن هو إذن زيادة المدين لالتزاماته (نقض فرنسي ٢٦ أبريل سنة ١٨٦٩ – داللوز ٦٩ – ١ – ٢٣٩ – ديمولومب ١٤ فقرة ٥٥٧ و ١٧ فقرة ١١٤ و ٢٥ فقرة ١٥٥ – لوران ... فقرة ٣٦٤ و ١٦ فقرة ٤٧٨ – بودري وفال في المواريث ٢ فقرة ١٦٨٠ – فقرة ١٦٨١ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٩٢ ص ٧١٦ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٥ – دي باج ٣ فقرة ٢١٩ ص ٢٢٢ – ٢٢٣) .

(2) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٢٤ – أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢١٠ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ... – دي هيس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٢٤ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٤ .

(3) نظرية العقد فقرة ٧٣٤ ص ٧٩٦ .

(4) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣١ .

الالتزام سبباً في إعساره ، وفي عقد التأمين الذي يلتزم المدين بموجبه أن يدفع لشركة التأمين أقساطاً مرتفعة فيسبب هذا الالتزام إعساره [1] . وهكذا .

٥٧٨ – تفضيل دائن على آخر دون حق الوفاء لبعض الدائنين دون بعض : وهناك تصرفان قانونيان كانا محلا للجدل في عهد التقنين المدني السابق، فحسمهما التقنين المدني بنص حسم به الخلاف .

فقد يتفق المدين مع أحد الدائنين على إعطائه ضماناً خاصاً ، كرهن مثلا ، يتقدم به على سائر الدائنين دون حق ، أي أنه ما كان ليتقدم لولا هذا الضمان الخاص . فهل يعتبر هذا التصرف تصرفاً مفقراً يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ؟ كان الحكم مختلفاً عليه في عهد التقنين المدني السابق . فكان هناك رأي يذهب إلى أنه لا يجوز الطعن في هذه الحالة ، حتى لو علم الدائن الذي حصل على هذا الضمان بغش المدين ، مادام هو يسعى للتأمين على حقه ، وهذا غرض مشروع [2] . فأورد التقنين المدني الجديد نصاً صريحاً في هذه المسألة ، إذ قضت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٢ ، كما رأينا : بأنه " إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق ، فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة " . ويخلص من هذا أن إعطاء المدين لأحد الدائنين ضماناً خاصاً يجعله يتقدم على سائر الدائنين دون حق ، أي أنه ما كان ليتقدم عليهم لولا هذا الضمان ، يعتبر تصرفاً مفقراً يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية . ويجب التميز في هذه الحالة بين فرضين ، فقد يكون الدائن حصل من المدين على هذا الضمان الخاص بغير مقابل ، وقد يكون أدى للمدين مقابلا له . ففي الفرض الأول يكون التصرف تبرعاً ، ولا يشترط في جواز الطعن فيه بالدعوى البولصية غش الدائن الذي حصل على الضمان الخاص ، بل ولا غش المدين الذي أعطى هذا الضمان [3] . أما في الفرض الثاني ، إذا أدى الدائن مقابلا للضمان الذي حصل عليه ، كأن مد في أجل الدين أو أعطى المدين أجلا جديداً أو حط جزءاً من الدين ، فإن التصرف يكون معارضة . ويشترط إذن في جواز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، كما سنرى ، إثبات

(1) بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٤٨ – والعبرة بتاريخ التصرف الذي زاد في التزامات المدين ، فإن كان هذا التصرف قد صدر قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لم يجز الطعن فيه بالدعوى البولصية تطبيقاً لأحكام التقنين المدني السابق ، وإلا جاز الطعن فيه تطبيقاً لأحكام التقنين المدني الجديد .

(2) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٤٦ – ١٧ مارس سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ رقم ١٨٩ ص ١٤١ .

(3) بودري وبارد ١ فقرة ٦٦٩ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٥ .

غش كل من المدين والدائن ، أي إثبات أنهما قصدا من هذا الضمان أن يتقدم الدائن دون حق على سائر الدائنين . وفي الفرضين، إذا نجح الطعن في التصرف ، اعتبر الضمان الخاص الذي حصل عليه الدائن غير نافذ في حق سائر الدائنين ، وفقد الدائن ميزة التقدم التي كان يسعى إليها من غير حق [1] .

وكان استيفاء أحد الدائنين حقه من المدين ، في عهد التقنين المدني السابق ، لا يستخلص منه تواطؤ هذا الدائن مع المدين للإضرار بحقوق الدائنين الآخرين ، حتى لو علم الدائن الذي استوفى حقه بغش المدين ، فإن علمه بهذا الغش ليس بدليل على أنه متواطئ معه، إذ هو دائن يستوفي حقه ، فهو يسعى إلى غرض مشروع [2] . أما إذا كان الدين الذي وفاه المدين مؤجلا ، وعجل المدين الوفاء به متنازلا عن الأجل ، فكان يجوز الطعن بالدعوى البولصية في الوفاء إذا ثبت تواطؤ المدين مع الدائن الذي استوفى حقه قبل حلول الأجل [3] . وقد أورد التقنين المدني الجديد نصاً صريحاً في هذه المسألة عدل من هذه الأحكام . إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٢ ،كما رأينا ، بأن " إذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذي عين أصلا للوفاء ، فلا يسرى هذا الوفاء في حق باقي الدائنين . وكذلك لا يسرى في حقهم الوفاء ، ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل ، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ

(١) الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١١٥ ص ١٥٤ – وقد يكون من أعطى الضمان كفيلا عينياً فإذا كان الدائن قد أدى للمدين مقابلا لهذا الضمان ، بأن مد مثلا في أجل الدين أو منح للمدين أجلا أو حط جزءاً من الدين ، فإن التصرف يعتبر معاوضة بالنسبة إلى الدائن وإن كان يعتبر تبرعاً الكفيل العيني . والعبرة في الدعوى البولصية بمن حصل له التصرف ، فتكون العبرة هنا بالدائن الذي حصل على الضمان ، ويكون التصرف معاوضة . فيشترط إذن ، حتى يطعن دائنو الكفيل العيني بالدعوى البولصية ، أن يثبتوا غش الكفيل العيني وغش الدائن الذي حصل منه على الضمان (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٧ – ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٧ – ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٢ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٥ ص ٢٦٦ – وقارن فقرة ٩٥٠ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ – قارب أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٩٠).

(٢) دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٢٣ – هالتون ١ ص ٣٤٢ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ – استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٧٣ – ١٣ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٦ – أنظر أيضاً : ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٢٥ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٩٥ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٨ .

(٣) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ – أنظر أيضاً بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٨ . وقارن بودري وبارد ١ فقرة ٦٩٥ حيث يكتفيان بجعل الدائن الذي استوفى حقه قبل حلول الأجل يرد الفوائد القانونية عن المدة التي كانت باقية من الأجل .

بين المدين والدائن الذي استوفى حقه " . ويخلص من هذا النص أن كل وفاء قبل حلول الأجل يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية، ويعتبر التصرف هذا تبرعاً ، فلا يشترط ، خلافاً لما كان عليه الأمر في عهد التقنين المدني السابق ، لا غش المدين الذي عجل الوفاء ولا تواطؤ الدائن الذي تعجله . أما الوفاء عند حلول الأجل فيعتبر معاوضة ، لأن الدائن إنما استوفى حقه عند حلول أجله فلم يتبرع له المدين بشيء . ويجوز الطعن في هذا الوفاء بالدعوى البولصية ، خلافاً لما كان عليه الأمر في عهد التقنين المدني السابق حيث كان هذا الطعن غير جائز . ولكن يشترط للطعن في الوفاء عند حلول الأجل ما يشترط في المعاوضات، فيجب إثبات غش المدين الذي وفى بدينه وتواطؤ الدائن الذي استوفى حقه [1].

ونلاحظ هنا أنه إذا جاز أن يقال أن تفضيل المدين لأحد دائنيه بترتيب رهن لمصلحته يتضمن معنى إنقاص حقوق المدين ، فإنه لا يمكن أن يقال أن الوفاء لأحد الدائنين قبل غيره فيه إنقاص لحقوق المدين أو زيادة في التزاماته . ولكنه تصرف يضر على كل حال بالدائنين

(١) أما الوفاء بمقابل (dation en paiement) فكان ، في عهد التقنين المدني السابق ، يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية إذا كان المقابل الذي أخذه الدائن يزيد كثيرا على حقه ، بحيث يستخلص من ذلك تواطؤ المدين مع الدائن للإضرار بالدائنين الآخرين (استئناف مختلط ١٥ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ – وأنظر : بودري وبارد ١ فقرة ٦٩٥ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٩) . أما إذا كان الدائن لم يأخذ مقابلا لحقه إلا قيمة تعادله ، فلا يجوز الطعن في الوفاء بمقابل (استئناف أهلي ١٧ مايو سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ٢/١٩١ ص ٥٥٥ – ٢٧ – – مارس سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١٩ ص ٨٤ – استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٧٩ – ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٧ – ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٢ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ . وأنظر : لوران ١٦ فقرة ٤٨١ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٦٣) . وقد قضت محكمة النقض بأن القول بانتفاء التواطؤ المبطل لتصرف المدين في حق الدائن كلما كان التصرف صادراً إلى دائن توفيه لدينه غير صحيح على إطلاقه ، إذ هو ، إن صح في حالة تعادل مبلغ الدين وقيمة المبيع ، لا يصح في حالة تفاوتهما تفاوتاً من شأنه أن يفيد أن التصرف لم يكن بمجرد توفيه دين فحسب (نقض مدني ٩ يونية سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣٢ ص ٧٩٦ – قارن أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٢ ص ١٠٣) .

أما في عهد التقنين المدني الجديد فنرى أن الوفاء بمقابل يأخذ حكم الوفاء : فإن كان الوفاء بمقابل قد حصل قبل حلول الأجل ، فإنه يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، حتى لو كان المقابل يعادل مبلغ الدين ، وحتى لو لم يثبت الغش . وإن كان الوفاء بمقابل قد حصل عند حلول الأجل ، فإنه يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية إذا ثبت الغش ، حتى لو كان المقابل يعادل مبلغ الدين . والعبرة بوقت حصول الوفاء أو الوفاء بمقابل ، إن حصل قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ طبقت أحكام التقنين السابق ، وإلا طبقت أحكام النص الجديد .

الآخرين ، إذ ينقص نسبة ما يأخذونه من مدينهم المعسر وفاء لحقوقهم ، مادام أحد الدائنين قد استوفى حقه كاملا . ومن ثم عني التقنين الجديد أن يورد نصاً خاصاً في هذه المسألة [1] .

٥٧٩ – امتناع المدين من زيادة حقوقه أو إنقاص التزاماته :

أما إذا امتنع المدين من زيادة حقوقه أو من إنقاص التزاماته ، كما إذا رفض هبة أو أقر بدين في ذمته تقادم بسنة واحدة وفقاً للمادة ٣٧٨ مدني [2] . فظاهر أن هذا العمل ، وإن أضر بالدائن ، ليس بعمل مفقر ، وليس للدائن أن يشكو منه ، فإنه لم يجرد المدين من حق كان داخلا في ضمان الدائن و لم يثقل كاهله بدين جديد يضعف من هذا الضمان [3] .

(١) أنظر في تفصيل دائن على آخر في الوفاء لأحد الدائنين المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣١ – ص ٦٣٢ .

(٢) وتقضي هذه المادة بأنه يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا . فمضي السنة وحده لا يقضي الدين ، بل لا بد فوق ذلك من يمين المدين . فإذا رفض المدين حلف اليمين وأقر بالدين ، لم يكن بإقراره هذا قد زاد في التزاماته ، بل يكون قد امتنع من إنقاصها . ثم أن دائنيه لا يحلفوا اليمين مكانه ، فإن هذا أمر شخصي يتعلق بذمة المدين . خلافاً لما تقضي به الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدني ، لا يجوز لهم باسمه أن يتمسكوا بالتقادم ، ولا أن

وإذا أبرأ دائن ذمة المدين من الدين ، فرد المدين الإبراء ، كان هذا الرد وفقاً للتقنين المدني الجديد تصرفاً مفقراً يجوز الطعن فيه بدعوى البولصية ، لأن الإبراء في هذا التقنين تصرف يتم بإرادة الدائن وحده ، فبمجرد صدوره من الدائن يسقط الدين ، فإذا رد المدين الإبراء عاد الدين ، فيكون المدين برد الإبراء قد زاد في التزاماته . أما الإبراء في التقنين المدني السابق فكان لا يتم إلا بإيجاب من الدائن وقبول من المدين ، – فرفض المدين للإبراء كان عندئذ يعد امتناعاً عن إنقاص التزاماته ، فلم يكن يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٤ ص ٧٩٤) .

والنـــزول عن الميراث في فرنسا امتناعاً عن زيادة الحقوق ، وبذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة بالنسبة إلى الأجانب (أول ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٤٨) . أما في الشريعة الإسلامية فنزول الوارث عن ميراثه يعتبر إنقاصاً لحقوقه .

(٣) بودري وبارد ١ فقرة ٦٥٦ ص ٦٦٢ – هالتون ١ ص ٣٤١ – دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ١٣ – والتون ٢ ص ١١٣ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٤ ص ٧٩٤ – هذا إلى أنه لو فرض أن الدائن سمح له بالطعن في عدم قبول المدين لهبة أو في إقراره بالدين بعد تقادمه بسنة واحدة ، فإن هذا الطعن لا يعود بفائدة على الدائن ، لأنه بعد ذلك لا يستطيع أن يقبل الهبة أو أن يتمسك بالتقادم بسنة واحدة ، إذ القبول والتمسك في هاتين الحالتين مجرد رخصة لا يجوز استعمالها باسم المدين ، وهما على كل حال متصلتان بشخص المدين (بودري وبارد ١ فقرة ٦٥٦ ص ٦٦٣ – ص ٦٦٤ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٧ فقرة ٩٣٩ فقرة ٩٤٠ – بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٤٧) .

وكان مقتضى ما قدمناه أن المدين إذا امتنع عن التمسك بالتقادم لكسب حق أو إسقاط التزام ، فليس للدائن أن يطعن في ذلك ، لأن المدين لا يكسب الحق ولا يسقط الالتزام إلا إذا تمسك بالتقادم ، فإذا رفض التمسك به فلا يكون قد أنقص حقوقه أو زاد في التزاماته ، بل يكون قد امتنع عن زيادة حقوقه أو عن إنقاص التزاماته . غير أن المادة ٣٨٨ فقرة ثانية من التقنين المدني [1] قضت بأن النـــزول عن التقادم المسقط لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم [2] ، وبهذا الحكم أيضاً قضت المادة ٩٧٣ بالنسبة إلى التقادم المكسب ، وقد قدمنا أن للدائن ، فوق ذلك، أن يتمسك بالتقادم ، مسقطاً كان أو مكسباً، بالنيابة عن مدينه ، مع أن التمسك بالتقادم يعد رخصة لا حقاً (م ٣٨٧ و٩٨٣ مدني) . ويخلص من ذلك أنه بالرغم من أن التمسك بالتقادم رخصة لا حق ، إلا أن الدائن يستطيع استثناءً أن يستعمل هذه الرخصة نيابة عن مدينه بموجب النص الصريح ، وبالرغم من أن النـــزول عن التقادم ليس تصرفاً مفقراً بل هو عمل يمتنع به المدين عن زيادة حقوقه أو إنقاص التزاماته ، إلا أن الدائن يستطيع استثناءً أن يطعن فيه بالدعوى البولصية بموجب النص الصريح [3] .

٥٨٠ – الحق الذي تصرف فيه المدين يجب أن يكون مفيداً للدائن:

وحتى يكون للدائن مصلحة في الطعن في تصرف المدين بالدعوى البولصية ، يجب أن يكون

(١) ويقابلها المادة ٢٢٢٥ من التقنين المدني الفرنسي .

(٢) ولما كان النـــزول عن التقادم بعد تمامه يعتبر تبرعاً ، فإن المادة ٣٨٨ فقرة ٢ مدني لم تشترط غش المدين ، لأن الغش لا يشترط في التبرعات . أما في التقنين المدني السابق (م ٢٠٦/٢٧٠) فقد كان النص يشترط غش المدين (أنظر في تبرير ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٠ هامش رقم ٢ ، وأنظر مع ذلك استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٨ حيث لا يشترط الحكم الغش للطعن في النـــزول عن التقادم) .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤١ – كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٤٧ – وقارن بودري وبارد ١ فقرة ٦٥٦ ص ٦٦٥ وفقرة ٦٩٤ وبودري وتيسييه فقرة ١١٦ – فقرة ١١٧ ، حيث يذهبون إلى أن التقادم في ذاته يكسب الحق أو يسقط الالتزام ، وعلى ذلك تكون المادة ٢٢٢٥ من التقنين المدني الفرنسي (وهي التي تقابل المادة ٣٨٨ من التقنين المدني المصري كما قدمنا) ليست استثناء لا من قواعد الدعوى غير المباشرة ولا من قواعد الدعوى البولصية ، إذ المدين يكون قد كسب حقاً يستعمله مدينه نيابة عنه ، وبالنـــزول عنه يكون قد أنقص من حقوقه أو زاد في التزاماته فيجوز الطعن بالدعوى البولصية ، وقد سبقت الإشارة إلى أن من رأي هؤلاء الفقهاء أن التصرف الذي يزيد به المدين من التزاماته يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية في القانون الفرنسي . وأنظر في هذه المسألة في التقنين المدني السابق نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٤ ص ٧٩٤ هامش رقم ١ .

الحق الذي تصرف فيه المدين يستطيع الدائن أن يستوفي منه حقه ، وإلا لم تكن له مصلحة في الطعن. فإذا كان هذا الحق منقلا بحقوق عينية للغير تستغرقه ولا تدع منه شيئاً للدائن [١] ، أو كان الحق لا يجوز الحجز عليه كالمرتبات والنفقة والملكية الزراعية الصغيرة [٢] ، فإن الدائن لا تكون له مصلحة في الطعن في تصرف المدين ، ومن ثم لا يجوز له أن يرفع الدعوى البولصية [٣] .

على أن هناك من الأموال ما لا يجوز الحجز عليه، ولكنه ينتج غلة يجوز الحجز عليها. فالمستحق في وقف — عندما كان الوقف الأهلي جائزاً — حقه في الوقف غير قابل للتصرف فيه ولا للحجز عيه ، ولكن غلة هذا الوقف ، وهو نصيبه في الاستحقاق ، قابل للحجز . كذلك الملكية الزراعية الصغيرة التي لا تزيد على خمسة الأفدنة لا يجوز الحجز عيها ، ولكنها تنتج ريعاً يجوز للدائن أن ينفذ عليه بحقه . فإذا تصرف المستحق في الوقف في نصيبه في الغلة إضراراً بدائنه جاز للدائن أن يطعن في التصرف ، وإذا باع المدين خمسة الأفدنة جاز أيضاً للدائن الطعن في هذا التصرف فلا يسرى عليه بقدر ما له في ذلك من مصلحة أي بقدر غلة الأرض [٤] .

كذلك لا يجوز الطعن ي تصرف المدين إذا م يؤد هذا الطعن إلا إلى ضرورة استعمال الدائن لحق متصل بشخص المدين ، وذلك كما إذا نزل الواهب عن حقه في الرجوع في الهبة ، فلا فائدة من اطعن في هذا النـزول ، إذ بفرض أن الدائن قد نجح في طعنه وعاد لواهب حقه في الرجوع في الهبة ، فإن الدائن لا يستطيع أن يستعمل هذا الخ باسم المدين لأنه متصل بشخصه [٥] .

(١) استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٨ .
(٢) استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٤٧ — ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ — بني سويف الكبية ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٣١ — بني سويف الجزئية أول يوليه سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٧٧ — شبين الكوم الجزئية ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ١٠٣ .
(٣) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٢ ص ٧٨٦ — ص ٧٨٧ .
(٤) نظرية العقد لمؤلف فقرة ٧٣٢ ص ٧٨٦ هامش رقم ٢ . وأنظر : بودري وبارد ١ فقرة ٦٩٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٦ .
(٥) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٦٩ — لوران ١٦ فقرة ٤٧٣ — بودري وارد ١ فقرة ٦٩٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٧ — عى أنه يجوز الطعن في تصرف صادر من المدين حتى لو كان هذا التصرف يتضمن استعمالا لحق متصل بشخصه ، كما إذا اعترف بنوة ولد ليس له حق تجب عليه النفقة إضراراً بالدائن (نظرية العقد لمؤلف فقرة ٧٣٣ ص ٧٩٢) .

المطلب الثالث

تصرف تال في الوجود لحق الدائن

٥٨١ — ارتباط هذا الشرط بشرط غش المدين : ويجب أخيراً أن يكون التصرف الصادر من المدين تالياً في الوجود لحق الدائن الذي يطعن في هذا التصرف [١]. وذلك لأن حق الدائن إذا لم يكن متقدماً على التصرف المطعون فيه ، لم يكن للدائن وجه للتظلم ، إذ لم يوجد حقه إلا بعد صدور التصرف من المدين وفي وقت لم يكن الحق الذي تصرف فيه المدين جزءاً من ضمانه حتى يقال إنه اعتمد على وجود هذا الحق . ولا يمكن أن نتصور وجود الغش في جانب المدين ، وأن أراد بتصرفه الإضرار بدائن لم يكن موجوداً وقت التصرف ، إلا في فرض واحد ، هو أن يكون المدين قد صدر منه التصرف متوقعاً أنه سيصبح مديناً في وقت قريب . فقصد بتصرفه الإضرار بالدائن المستقبل ، وذلك كأن يبيع ، في وقت يسعى فيه لعقد قرض ، عيناً مملوكة له ، ثم يقترض بعد ذلك وقد اطمأن إلى أن المقرض لا يستطيع التنفيذ على العين بعد أن باعها . في مثل هذا الفرض يجوز للدائن — رغماً من أن حقه تال لتصرف المدين — أن يطعن في هذا التصرف بالدعوى البولصية ، لأن الغش في جانب المدين قد توافر [٢] .

(١) استئناف أهلي ٢ يوليه سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ١٧ — استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٨٧ ص ٢٣٣ — ١٤ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٣٥ ص ٨٦٤ — ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٤٧ ص ٢٦٧ — استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٤٦ — ٢٠ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ — ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ — ٥ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١١٣ — ١١ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٥ — ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٧١ — ٧ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨ — ٣ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٧٩ — ١٧ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٣ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ — ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩ — ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ — ٤ يونية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٥٩ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ — ديرانتون ٢٠ فقرة ٥٧٣ — توليبه ٦ فقرة ٣٥١ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٢ — لوران ١٦ فقرة ٤٦٠ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٨ — ص ١٩٩ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٨٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٦ — والتون ٢ ص ١١٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٣ هامش رقم ١ .
(٢) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٧٠ — ٥ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٠٤ — ٢٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣٥ — لوران ١٦ فقرة ٤٦٢ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٨٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٦ — والتون ٢ ص ١١٤ — ص ١١٥ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٣ هامش رقم ٢ .
ومثل ذلك أيضاً أن يقف المدين عقاراً ثم يقترض (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٤ ص ٥١) .

ونرى من ذلك أن اشتراط تأخر تصرف المدين على حق الدائن في الوجود ليس في الواقع إلا عنصراً من عناصر شرط الغش في جانب المدين ، إذ لا يمكن توافر هذا الشرط عادة إلا إذا كان تصرف المدين تالياً لحق الدائن ، فإذا أمكن توافر الغش دون هذا التأخر ، فالتأخر لا يشترط [1] .

٥٨٢ – مقارنة بالدعوى غير المباشرة : وقد رأينا في الدعوى غير المباشرة أن تاريخ وجود الحق الذي يستعمله الدائن لا أهمية له ، فقد يكون تالياً لحق الدائن وقد يكون سابقاً عليه ، لأن الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين موجود في أموال المدين حتى لو كان سابقاً على حق الدائن ، فهو إذن جزء من ضمان الدائن . وهذا بخلاف الدعوى البولصية لو كان المدين قد تصرف في الحق قبل ثبوت حق الدائن ، فإن حق المدين يكون قد خرج من ماله بل أن تثبت للدائن صفته، فهذا الحق لم يكن إذن جزءاً من ضمان الدائن [2] .

٥٨٣ – العبرة بتاريخ وجود حق الدائن لا بتاريخ استحقاقه وبتاريخ صدور التصرف لا بتاريخ شهره : ولما كان الشرط هو أن يتأخر تصرف المدين عن حق الدائن في الوجود ، فالعبرة في المقارنة بين التاريخين بتاريخ حق الدائن في الوجود لا في الاستحقاق ، وتاريخ صدور التصرف لا بتاريخ شهره .

العبرة بتاريخ حق الدائن في الوجود لا في الاستحقاق ، فلو كان الحق موجوداً قبل صدور التصرف ، ولو كان غير مستحق الأداء أو كان غير خال من النـــزاع ، فللدائن رفع الدعوى البولصية ولكن بعد أن يصبح الحق مستحق الأداء خالياً من النـــزاع. فيستطيع الدائن المعلق حقه على شرط واقف أو المقترن بأجل واقف ، عند تحقق الشرط أو عند حلول الأجل ، أن يطعن بالدعوى البولصية في تصرف صدر من مدينه قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل ، أي في وقت كان حقه فيه غير مستحق الأداء ، مادام هذا الحق أصبح مستحق الأداء وقت رفع الدعوى البولصية . فالواجب هو أن يكون حق الدائن سابقاً في الوجود لا في الاستحقاق على تصرف المدين ، ولا شك في أن الحق المعلق على شرط أو

(١) جروبيه ٢ فقرة ٤٤ وما بعدها – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٦ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٣ – ص ٧٨٤ – أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢ – أما في التبرعات ، في القانون المصري ، حيث لا يشترط الغش ، فاشتراط تأخر تصرف المدين عن حق الدائن إنما يكون عنصراً من عناصر الضرر .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ .

المقترن بأجل يعتبر موجوداً قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل ، فيكون سابقاً في الوجود على تصرف المدين [1] . وإذا تصرف المدين في وقت كان الدائن قد رفع دعواه يطلب الحكم بحقه المتنازع فيه ، وكان الدافع للمدين على التصرف توقعه صدور الحكم عليه في دعوى الدائن، فللدائن ، بعد أن يصدر على حكم لمصلحته فيصبح حقه خالياً من النـــزاع، أن يطعن في تصرف المدين ، لأنه إذا كان هذا التصرف قد سبق الحكم ، فإن الحكم ليس منشئاً لحق الدائن بل هو مقرر له ، فالحق قبل صدور التصرف من المدين [2] .

والعبرة في التصرف الصادر من المدين بتاريخ صدوره ، لا بتاريخ شهره إن كان من التصرفات التي تستوجب الشهر . فإذا كان التصرف الصادر من المدين بيعاً مثلا ، وجب أن يكون صدور البيع تالياً لثبوت حق الدائن ، أما إذا كان سابقاً ، فليس للدائن أن يطعن في البيع حتى لو لم يسجل إلا بعد ثبوت حقه [3] .

٥٨٤ – كيفية إثبات أن تصرف المدين تال في التاريخ لحق الدائن:

بقي أن نعرفه كيف يمكن إثبات أن تصرف المدين تال في التاريخ لحق الدائن.

تقضي القواعد العامة بأن الدائن ، وهو الذي يطعن في تصرف المدين ، يحمل عبء إثبات أن حقه سابق في الوجود على صدور التصرف المطعون فيه ، لأن هذا شرط من شروط الدعوى البولصية ، والدائن الذي يستعمل الدعوى هو المكلف بإثبات توافر جميع شروطها .

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٢ هامش رم ٣

(٢) استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٢٠ ص ٤٤٢ – استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٠١ – ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ – ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ – لوران ١٦ فقرة ٤٦١ – هيك ٧ فقرة ٢١٧ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٨٨ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٧ – دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٥٣ – واتون ٢ ص ١١٤ – ص ١١٥ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ رقم ٢ .

ويلاحظ أن الحق الناتج من الحساب الجاري لا يعتبر وجوده من وقت افتتاح الحساب ، بل من وقت وجود الرصيد (استئناف مختلط ٤ يونية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٥٩) .

(٣) استئناف مصر ١٣ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص ٨٩١ رقم ٥٣٦ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٩٠ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٧ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ هامش رقم ٢ – قارن الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات ص ٣٤٩ .

فإن كان مصدر حق الدائن عملا مادياً ، فمن السهل إثبات تاريخ وجود هذا الحق بالرجوع إلى الوقت الذي تم فيه العمل المادي المنشئ للحق . ويكون تاريخ تصرف المدين ، ولو كان تاريخاً عرفياً غير ثابت ، حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ، لأن الدائن لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى هذا التاريخ قبل أن يثبت شروط الدعوى البولصية قد توافرت . فإذا كان تاريخ التصرف متأخراً على تاريخ العمل المادي ، فقد ثبت بذلك أن حق الدائن سابق في الوجود على تصرف المدين . أما إذا كان تاريخ التصرف متقدماً على تاريخ العمل المادي ، ولم يكن تاريخاً ثابتاً ، فللدائن أن يثبت بجميع الطرق أن هذا التاريخ قد قدم عملا ليكون سابقاً على حقه بقصد حرمانه من الدعوى البولصية [1] .

وإن كان مصدر حق الدائن عقداً ، وكان له تاريخ ثابت ، فهذا التاريخ الثابت يكون حجة على من حصل له التصرف. ولكن تاريخ التصرف، ولو كان تاريخاً غير ثابت، يكون أيضاً حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس لأنه ليس من الغير قبل أن يثبت توافر شروط الدعوى البولصية كما قدمنا . ومن ثم إذا كان التاريخ غير الثابت للتصرف متقدماً على التاريخ الثابت لحق الدائن ، كان للدائن أن يثبت بجميع الطرق أن التاريخ قدم عمداً بقصد حرمانه من الدعوى البولصية [2] . وغني عن البيان أن التصرف إذا كان له تاريخ ثابت ، فإن مقارنة هذا التاريخ بالتاريخ الثابت لحق الدائن تمكن من معرفة أي التاريخين هو الأسبق .

أما إذا كان العقد الذي أنشأ حق الدائن غير ثابت التاريخ ، فقد كان ينبغي ألا يكون هذا التاريخ حجة على من حصل له التصرف ، لأنه من الغير وقد قدمنا أن الغير لا يحتج عليه إلا بالتاريخ الثابت . ولكن لأسباب عملية أغفل التقنين المصري الجديد أن يشترط ثبوت تاريخ حق الدائن ، اقتداء بالمشروع الفرنسي الإيطالي ، لأن الدائن — كما تقول المذكرة الإيضاحية [3] — " يفاجأ في أغلب الأحيان بالتصرف الضار دون أن يكون قد

---

(١) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ هامش رقم ٢ .

(٢) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ هامش رقم ٢ .

(٣) وهذا ما تقوله المذكرة الإيضاحية : " وقد كان في الوسع أن يشترط ثبوت تاريخ الدين لإقامة الدليل على تقدمه على التصرف ، بيد أن المشروع آثر إغفال اشتراط ثبوت التاريخ اقتداء بالمشروع الفرنسي الإيطالي ، لا سيما أن القضاء المصري قد جرى على ذلك ... والواقع أن الدائن يفاجأ في أغلب الأحيان بالتصرف الضار دون أن يكون قد احتاط من قبل لإثبات تاريخ سند الدين . ولكن من المسلم أن عبء إقامة الدليل على تقدم الدين، بطرق الإثبات كافة ، يقع على عاتق الدائن" (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ص ٦٣٢)-

احتاط من قبل لإثبات تاريخ سند الدين " . ومن ثم يكون التاريخ غير الثابت لحق الدائن حجة على من حصل له التصرف ، إلى أن يثبت هذا أن التاريخ قدم عمداً بالتواطؤ بين الدائنين والمدين حتى يستطيع الدائن الطعن في التصرف بالدعوى البولصية [1] . ويكون تاريخ التصرف حجة على الدائن كما قدمنا، فإن كان تاريخاً ثابتاً كانت حجيته مطلقة [2]، وإن كان تاريخاً غير ثابت كان حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس . ومن ثم إذا كان تاريخ التصرف غير ثابت ، وكان متقدماً على التاريخ غير الثابت لحق الدائن ، جاز للدائن أن يثبت بجميع الطرق أن تاريخ التصرف قد قدم عمداً بقصد حرمانه من الدعـــوى البولصية [3] .

= ويلاحظ أنه كان لا يكفي إغفال اشتراط ثبوت التاريخ ، بل كان يجب أن ينص المشرع صراحة على أن ثبوت التاريخ لا يشترط ليكون التاريخ حجة على المتصرف إليه ، كما فعل المشروع الفرنسي الإيطالي (م ١٠٧ فقرة أولى) . فإن لم يوجد نص صريح في هذا المعنى وجب تطبيق القواعد العامة ، وهذه تقضي بأن المتصرف إليه من الغير فلا يحتج عليه إلا بالتاريخ الثابت . على أنه يمكن القول أن المتصرف إليه يكون عادة سيئ النية في الدعوى البولصية ، ومتى أثبت الدائن سوء نيته جاز له أن يحتج عليه بالتاريخ غير الثابت ، لأن المتصرف إليه لا يستطيع أن يتمسك بوجوب أن يكون التاريخ ثابتاً إلا إذا كان حسن النية ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (أنظر في هذا المعنى بودري وبارد ١ فقرة ٦٩١ ص ٧١٤ ، وقارب أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٩ وهامش رقم ١٥ — وأنظر عكس ذلك : لوران ١٦ فقرة ٤٦١ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٤٠) .

(١) والراجح في الفقه الفرنسي أن المتصرف له ، وهو معتبر من الغير ، لا يحتج عليه إلا بالتاريخ الثابت : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٧ ص ٢٨٨ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٤٠ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٤٨ — جوسران ٢ فقرة ٦٩٦ — دالوز أنسيكلو بيدي ((action paulienne فقرة ٣٨ — فقرة ٣٩ — قارن أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٩ وهامش رقم ١٥ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٩١ ص ٧١٤ — ديموج ٧ فقرة ١٠٥٧ .

وقد سار القضاء اللبناني على عدم ضرورة التاريخ الثابت لحق الدائن (قرار محكمة استئناف الغرفة الأولى ٢٠ كانون الأول سنة ١٩٤٨ رقم ٥٠٠ ، النشرة القضائية ١٩٤٩ ص ٤٦٣ — الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون اللبناني ص ٦٣) . وفي القانون العراقي يرى الدكتور حسن الذنون وجوب ثبوت التاريخ لحق الدائن (أحكام الالتزام في القانون العراقي ص ٨٨ — ص ٨٩) .

أنظر في هذه المسألة في التقنين المدني المصري السابق : نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام فقرة ٦٤٣ ص ٤٨٢ — الأستاذ محمد صادق فهمي فقرة ٤٨٠ ، وفي التقنين المدني الجديد الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ١٥٢ — ص ١٥٣ .

(٢) إلى حد الطعن بالتزوير بداهة .

(٣) أنظر في هذه المسألة آنفاً فقرة ٨١٩ .

المبحث الثالث

الشروط التي ترجع إلى المدين

٥٨٥ – شرطان رئيسيان : أما الشروط التي ترجع إلى المدين فترد إلى شرطين رئيسيين : (أولا) الإعسار (ثانياً) الغش والتواطؤ [١] .

المطلب الأول

الإعســـــار

٥٨٦ – تصرف المدين يسبب إعساره أو يزيد في إعساره : يشترط في الدعوى البولصية أن يكون المدين معسراً ليست عنده أموال تكفي لوفاء حق الدائن [١] .

والمدين إما أن يكون غير معسر قبل صدور التصرف المطعون فيه فيجب أن يكون هذا التصرف هو السبب في إعساره ، وإما أن يكون معسراً قبل صدور التصرف فيجب أن يزيد التصرف في إعساره [٢] . وهذا ما تقضي به المادة ٢٣٧ من التقنين المدني ، وقد تقدم ذكرها .

(١) أما وارث المدين فلا يشترط فيه شيء من ذلك ، وهو لا يستطيع بيع عين من أعيان التركة إلا بعد سداد الديون ، ولا يجوز للمشترى من الوارث ، ولو سجل البيع ، أن يتطلب من دائن التركة توافر شروط الدعوى البولصية (استئناف مصر ٦ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٤٦ ص ٩٤) .

(1) متى كانت المحكمة قد استخلصت من وقائع الدعوى وملابساتها ما استدلت على إعسار المطعون عليهما الثانية والثالثة – المدينتين الراهنتين – وسوء نيتهما والطاعن – الدائن المرتهن – على الإضرار بالمطعون عليه الأول واستندت في ذلك إلى اعتبارات سائغة ثم طابقت بين ما استخلصته وبين المعاني القانونية لأركان الدعوى البولصية ، وهو كون دين رافع الدعوى مستحق الأداء سابقاً على التصرف المطعون فيه وكون هذا التصرف أعسر المدين وكون المدين والمتصرف له سيئ النية متواطئين على الإضرار بالدائن ثم قضت بعدم نفاذ التصرف . فإن ذلك حسبها ليكون حكمها سديدا لا مخالفة فيه للقانون .

(جلسة ١٩٧٧/١/١١ الطعن رقم ٦٣٦ لسنة ٤٢ ق س ٢٨ ص ١٩٤) .

(٢) استئناف أهلي ٦ نوفمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٩ ص ٣٥ – استئناف مصر [illegible] سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٨٧ ص ٢٣٣ – ١٣ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٣٦ ص [illegible] ١٤ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٣٥ ص ٨٦٤ – ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم [illegible] ٢٦٧ – ١٧ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٦ ص ١٤١ – استئناف مختلط [illegible]

فلو أن التصرف المطعون فيه لم يكن هو السبب في الإعسار ، بل بقي المدين موسراً بعد هذا التصرف [١] ، ولكن طرأ بعد ذلك ما جعله معسراً ، فلا يجوز للدائن أن يطعن في التصرف . على أنه قد يتفق أن تصرف المدين لا يجعله معسراً ، ولكن يكون هذا التصرف حلقة في سلسلة متصلة من التصرفات مجموعها يؤدي إلى إعساره ، وقد قصد بذلك الإضرار بالدائن ، ففي هذه الحالة يجوز للدائن أن يطعن في هذه التصرفات كلها ولا يجتزئ بالتصرف الأخير الذي سبب مباشرة إعسار المدين [٢] .

وإذا كان المدين معسراً من بادئ الأمر ، ثم تصرف تصرفاً بعوض كاف بحيث لم يكن هذا التصرف سبباً في زيادة إعساره ، فإن التصرف لا يكون قابلا للطعن فيه بالدعوى البولصية [٣] .

٥٨٧ – إثبات الإعسار : وقد وضع التقنين المدني الجديد قرينة قانونية تيسر على الدائن إثبات إعسار المدين . فإذا ادعى الدائن إعسار المدين ، فليس عليه ، كما تقول المادة ٢٣٩ وقد تقدم ذكرها ، إلا أن يثبت ما في ذمته من ديون . وعند ذلك تقوم قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على أن المدين معسر ، وينتقل عبء الإثبات بفضل هذه القرينة

– ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ – ٢ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٧ – ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٠١ – ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩٧ – ١٤ مارس سنة ١٩٠٧ م ٢٩ ص ١٧٨ – ١٧ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٣ – ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧ – ٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧٩ – ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ – ١٥ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ – ١٠ يناير ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ – ١٧ يونية سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٦ – ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨ – ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ – ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥ .
ديرانتون ١٠ فقرة ٥٧٠ – ديمولومب ٢٥ فقرة ١٧٦ – لوران ١٦ فقرة ٤٣٤ – ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٧ – أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٧ – ص ١٩٨ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٥٠ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٨ – والتون ٢ ص ١٠٩ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٢ ص ٧٨٧ هامش رقم ٢ .

(١) أنظر : نقض مدني ٢٦ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٥ ص ٣٨٣ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤ – ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ جازيت ١٩ رقم ٢٦٣ ص ٢٦٥ – ديمولومب ٢٥ فقرة ١٧٨ – لوران ١٦ فقرة ٤٣٥ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٥٠ – والتون ٢ ص ١٠٩ – ص ١١٠ .

(٣) قارب نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦٧ ص ٦٩٩ .

إلى المدين ،وعليه هو أن يثبت أنه غير معسر ، ويكون ذلك بإثبات أنه له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها ، فإن لم يستطع إثبات ذلك اعتبر معسراً [1] .

٥٨٨ – الإعسار في الدعوى البولصية وما ينطوي عليه من مرونة:

والإعسار في الدعوى البولصية ، كالإعسار في الدعوى غير المباشرة ، المقصود به هو الإعسار الفعلي بأن تزيد ديون المدين على حقوقه [1] [2] ، لا الإعسار القانوني الذي يستلزم حكماً بشهره بشروط وإجراءات معينة .

وللإعسار في الدعوى البولصية ، فوق ذلك ، معنى عملي ينطوي على كثير من المرونة .

(1) النص في المادة ٢٣٩ من القانون المدني على أنه " إذا ادعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أنه له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها" يدل على أن المشرع قد وضع قرينة قانونية تيسر على الدائن إثبات إعسار المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت ما في ذمته من ديون وعندئذ تقوم قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على أن المدين معسر وينتقل عبء الإثبات بفضل هذه القرينة إلى المدين وعليه هو أن يثبت أنه غير معسر ، ويكون ذلك بإثبات أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها ؛ فإن لم يستطع إثبات ذلك اعتبر معسراً ، وإذا طولب المدين بإثبات أن له مالا يساوى قيمة ديونه ، وجب عليه أن يدل على أموال ظاهرة لا يتعذر التنفيذ عليها وإلا أعتبر معسراً ، وتقدير ما إذا كان التصرف هو الذي سبب إعسار المدين أو زاد في الإعسار مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض ، مادام استخلاص محكمة الموضوع لها سائغاً وله أصله الثابت في الأوراق .

(جلسة ١٩٨٢/٥/١٣ الطعن رقم ٦١ لسنة ٤٩ ق س ٣٣ ص ٥٠٨) .

(جلسة ١٩٨٣/٥/٢٣ الطعن رقم ١٢٧٣ لسنة ٤٩ ق س ٣٤ ص ١٢٧١) .

(جلسة ١٩٧٩/١٢/٦ الطعن رقم ٤١٣ لسنة ٤٦ ق س ٣٠ ع ٣ ص ١٧١) .

(١) قارن الأستاذ إسماعيل غانم فقرة ١١١ ، ويذهب إلى أن العبرة بالديون المستحقة الأداء كما في حالة شهر الإعسار .

(2) مفاد نص المادتين ٤١٧ ، ٢٣٧ من التقنين المدني أن المشرع قد فرق بين الإعسار القانوني الذي استلزم توافره لشهر إعسار المدين واشترط لقيامه أن تكون أمواله كافية لوفاء ديونه المستحقة الأداء ، وبين الإعسار الفعلي الذي استلزم توافره في دعوى عدم نفاذ التصرف واشترط لقيامه أن يؤدي التصرف [illegible] المدين إلى أن تصبح أمواله غير كافية للوفاء بجميع ديونه سواء ما كان منها مستحق الأداء أو [illegible] أجل، ومؤدى ذلك أن الإعسار الفعلي أوسع نطاقاً من الإعسار القانوني فقد يتوافر الأول دون [illegible]

(جلسة ١٩٧٨/٥/٨ الطعن رقم ٤٦٢ لسنة ٤٦ ق س ٢٩ ص ١١٨٥) .

فإذا طولب المدين بإثبات أنه له مالا يساوى قيمة ديونه ،وجب عليه أن يدل على أموال ظاهرة لا يتعذر التنفيذ عليها ، وإلا أعتبر معسراً [١] ، ومن هذا يتبين كيف أن التصرف الصادر من المدين قد يكون معاوضة ، ومع ذلك يسبب إعساره . ويكفي لتحقق ذلك أن يكون المدين قد باع عيناً مملوكة له بثمن بخس ، أو باعها بثمن معادل لقيمتها ولكنه أخفى النقود أو بددها بحيث يتعذر على الدائن التنفيذ عليه بحقه [٢] .

وإذا فرض أن حق الدائن تركز في عين مملوكة للمدين ،كما إذا كان موعوداً ببيع أو كان دائناً في وعد برهن أو كان دائناً مرتهناً ، ثم باع المدين العين الموعود ببيعها أو الموعود برهنها إلى شخص آخر إضراراً بحق الدائن [٣] ، أو باع العين المرهونة قبل أن يشهر الدائن الرهن بحيث لا يتمكن من تتبع العين أو بعد شهر الرهن ولكن الدائن لا يريد تتبع العين حتى لا يضطر إلى تحمل إجراءات التطهير ، ففي مثل هذه الأحوال يعتبر المدين في حالة إعسار بالمعنى المقصود في الدعوى البولصية مادام الدائن لا يستطيع أن يصل إلى العين ذاتها الذي تركز فيها حقه ، حتى لو كان عند المدين أموال كافية تفي بتعويض الدائن بعد فوات العين. ومن ثم يجوز للدائن الطعن بالدعوى البولصية في تصرف المدين في العين الموعود ببيعها أو برهنها أو تصرفه في العين المرهونة ، فيتمكن بذلك من رد العين إلى ملك المدين بالنسبة إلى حقه وينفذ بهذا الحق عليها [٤] .

(١) استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٦ ص ٣٢٨ – ديمولومب ٢٥ فقرة ١٨٤ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٥٥ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٨ .

(٢) استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٠٤ .

(٣) ديموج ٧ فقرة ١١٢٦ .

(٤) لوران ٢٤ فقرة ١٦ – جروبيه فقرة ٢٦٣ وما بعدها – ريبير في القاعدة الخلقية في الالتزامات فقرة ١٧٠ – فقرة ١٧١ – ديموج ٧ فقرة ١٠٨٠ وما بعدها – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٧ – فقرة ٩٣٨ – دالوز أنسيكلو بيدي ١ لفظ (action paulienne) فقرة ١٥ – فقرة ١٧ – دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٤٨ .

ويترتب على ما تقدم أنه إذا باع شخص عقاراً ولم يسجل المشترى ، ثم باعه ثانية من مشتر آخر ، وبادر المشترى الثاني إلى التسجيل متواطئاً مع البائع على الإضرار بالمشترى الأول ، أمكن هذا الأخير أن يطعن في البيع الثاني بالدعوى البولصية ، إذ أن حقه قد تركز في العقار المبيع . وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأنه إذا تبين أن البائع باع الصفقة مرة ثانية بطريق التدليس ، وكان المشترى الثاني على علم بذلك واشترك في التدليس ، بطل البيع الثاني ، وغير معقول القول بأن قانون التسجيل أبطل مفعول المادة ٢٧٠ مدني (قديم) ، إذ القول بذلك معناه أن قانون التسجيل أراد بخصوصه أن يهدم مبدأ أساسياً في التشريع وهو أن الحقوق يجب أن يكون صاحبها حسن النية ، وهذا ما لا يمكن التسليم به (١٧ يونية سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٧١ ص ٥٩٦ . وأنظر أيضاً : استئناف أهلي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٢/٩٩ – استئناف مصر ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٥٠ ص ٧٥ – ٢٧ مارس سنـــــه =

= ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩٩ ص ٦٣٤ – ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩٥ ص ١٠٩٢ – ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٠ ص ٢٨٩ – ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٢ ص ٢٩٢ – ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٤ ص ٣٠٢ – استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٠٩ – ١٢ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٤ ص ١١٠) . ولكن محكمة النقض ذهبت إلى العكس من ذلك ، وقضت بأن التواطؤ لا يفسد التسجيل ، وبأنه ما لم يحصل التسجيل فإن الملكية تبقى في ذمة المتصرف حتى ينقلها التسجيل ذاته إلى المتصرف إليه ، ولا يكون للمتصرف إليه في الفترة التي تمضي من تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل في الملكية دون أي حق فيها . وفي تلك الفترة إذا تصرف المتصرف لشخص آخر ، فإنه يتصرف فيما يملكه ملكاً تاماً ، فإذا بادر هذا الشخص الآخر إلى تسجيل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف إليه الأول ، فقد خلصت له – بمجرد تسجيله – تلك الملكية العينية التي لم يتعلق بها حق ما للأول ، حتى ولو كان المتصرف والمتصرف إليه الثاني سيئ النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف إليه من الصفقة . وإذن فلا يقبل من أي إنسان لم يكن عقده مسجلا ناقلا للملك فعلا إليه أن ينازع من آل إليه نفس العقار وسجل عقده من قبله ، مدعياً أن له حقاً عينياً على العقار يحتج به عليه ، كما أنه لا يقبل مطلقاً الاحتجاج على صاحب العقد المسجل الذي انتقلت إليه الملكية فعلا بتسجيله لا بسوء نية المتصرف ولا بالتواطؤ (نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥ . وانظر أيضاً في هذا المعنى : نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣ ص ١١٣ – ٢٧ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٦ ص ٧٠٧ – ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٦ ص ١١٣٨ – ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٨ ص ١٧٦ – ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩١ ص ٥٧٢ – استئناف مصر ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٥٣ ص ٣٠٥ – ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٤١ ص ٢٥٤ – ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٤ ص ٧١٣ – استئناف أسيوط ٤ يناير سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٨ رقم ٤٢٩ ص ١٠٤٨ – وقارن نقض مدني ٧ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٨ ص ١١٠٣) .

على أنه يلاحظ ، لو فرضنا جدلا أنه لا يمكن تخريج مثل هذه الأحوال على حكم الدعوى البولصية ، إمكان الوصول إلى نفس النتيجة العملية بتطبيق قاعدة أعم هي القاعدة التي تقضي بأن الغش يفسد العقود (fraus omnia corrumpit) ، وما الدعوى البولصية ذاتها إلا تطبيق لهذه القاعدة العامة (ديموج فقرة ١١٢٧ – قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٨) .

وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بإمكان الطعن في العقد المسجل بالدعوى البولصية ، ولكن ليصل المشتري الأول إلى استرداد الثمن الذي دفعه والحصول على التعويضات التي يستحقها دون أن يسترد العقار ذاته ليسجل عليه حقه . فقررت هذه المحكمة أنه يجوز للمتصرف إليه الأول بعقد غير مسجل أن يرفع دعوى إبطال العقد الثاني المسجل ، إذا توافرت شرائط دعوى إبطال التصرفات ، على اعتبار أنه دائن عادي من حقه أن يبطل التصرف المفقر لمدينه ليستطيع استرداد الثمن الذي دفعه والحصول على التعويضات التي يستحقها . على أنه يلاحظ أن الغرض من هذه الدعوى لا يمكن أن يكون بطلان التصرف الثاني ليحل التصرف الأول غير المسجل ، فإن الدعوى إذا كانت تهدف إلى هذا الغرض تعتبر تحايلا على عدم قابلية التسجيل ، فضلا عن أن الدعوى البولصية في الواقع لا تهدف إلى بطلان التصرف ، وإنما تهدف إلى عدم سريانه في حق الدائن الذي يتضرر من أثر التصرف في مال مدينه ، فإذا وجد في هذا المال ما يفي به زالت الحكمة فيها وأصبحت غير مقبولة ، وهي ليست خاصة بدائن واحد بل يستطيع جميع الدائنين =

٠٠٠ يتبع

٥٨٩ – وجوب بقاء الإعسار إلى وقت رفع الدعوى – تجريد المدين :

ويجب أن يبقى المدين معسراً إلى وقت رفع الدعوى البولصية ، فلو أن تصرفه سبب إعساره أو زاد في إعساره ، ثم انقلب بعد ذلك موسراً لزيادة طرأت في ماله ، كما إذا كان قد تلقى ميراثاً أو وصية أو عقد صفقة رابحة ، فلا يجوز للدائن أن يطعن في تصرف المدين إذ لم تعد له مصلحة في ذلك [1] .

والدعوى البولصية دعوى تكميلية (subsidiaire) لا تعطي للدائن إلا بعد أن يجرد أموال المدين ، أي إلا بعد أن يثبت أن ليس للمدين مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه غير الحق الذي تصرف فيه . ويجوز لمن تصرف له المدين أن يدفع بالتجريد [2] . ولكن التجريد هنا غير التجريد في الكفالة . ففي الكفالة إذا لم يطلب الكفيل التجريد في أول الدعوى سقط حقه ، وإذا طلبه فعليه أن يدل الدائن على مال للمدين يستطيع الرجوع عليه فيه وأن يقدم المصروفات اللازمة لهذا الرجوع . أما في الدعوى البولصية فيجوز لمن تلقى الحق عن المدين أن يطلب تجريد المدين في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولا يطلب منه أن يدل الدائن

= العاديين أن يشتركوا فيها وأن يتقاسموا المال الذي يرجع إلى مدينهم (٣ يونية سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢ ص ٤٧) .

ومهما يكن من أمر ، فإنه إذا طعن المشتري الأول الذي لم يسجل عقده في العقد المسجل للمشتري الثاني بالصورية – لا بالدعوى البولصية – فعند ذلك يتقدم المشتري الأول وهو لم يسجل عقده على المشتري الثاني الذي سجل عقده (نقض مدني ٦ يونية سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩١ ص ١٨٨ . وانظر أيضاً : نقض مدني ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ ص ٤٠٥ – ٣ يونية سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٧ ص ١٨٣ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمي في ص ١٩٤ – ص ١٩٥ – ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٣٤ – ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٣ – استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٢٦/٣) . وقد قضت محكمة النقض أخيراً بأنه لا تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقد شرائه ، ولا يحول دون نقل الملكية – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون المشتري عالماً بأن البائع له أو مورثه سبق أن تصرف في المبيع ذاته لمشتر آخر لم يسجل عقده ، ما لم يثبت أن عقد المشتري الثاني المسجل هو عقد صوري ، ولا يصح في إثبات هذه الصورية مجرد علم هذا المشتري وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل الوارد على ذات المبيع (نقض مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢ – ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦) .

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٧٧ – لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ١٨ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٥١ .

(٢) استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٣١ – بني سويف ٢٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٨٥ ص ١٤٠ .

على مال للمدين [١] ، ولا أن يقدم له مصروفات التجريد ، بل على الدائن أن يثبت إعسار المدين على الوجه الذي قدمناه [٢] ، ومن ثم فالمدين هو الذي يدل على مال عنده يكفي لوفاء ديونه كما سبق القول .

وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كان تصرف المدين هو الذي سبب إعساره أو زاد في هذا الإعسار ، وما إذا كان الإعسار باقياً إلى وقت رفع الدعوى . ولا رقابة لمحكمة النقض في ذلك . وإنما تكون لها الرقابة للتحقق من أن هذين الأمرين قد ثبتت منهما محكمة الموضوع كشرط في الدعوى البولصية ؛ والدائن هو المكلف بإثبات كل من الأمرين [٣] .

المطلب الثاني

الغش والتواطؤ

(Concilium fraudis)

٥٩٠ — الغش بوجه عام: غش المدين هو أهم الشروط في الدعوى البولصية، بل هو العمود الفقري لهذه الدعوى التي تقوم على محاربة الغش . ويمكن تجميع شروط

(١) وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً ، هو المادة ٣٢٠ من هذا المشروع ، يقضي بسقوط حق الدائن في الدعوى البولصية إذا أصبحت أموال المدين كافية للوفاء بما عليه أو أثبت من تصرف له المدين أن للمدين عنده مال يكفي هذا الوفاء . ومقتضى هذا النص أن من تصرف له المدين يطلب منه أن يدل الدائن على مال للمدين يفي بحقه . ولكن هذا النص قد حذف في لجنة المراجعة ، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، كما سنرى . ومقتضى تطبيق القواعد العامة أن الدائن هو المكلف بإثبات إعسار المدين ، فعليه هو أن يثبت على الوجه الذي بيناه أن المدين ليس عنده مال يفي بحقه ، ولا يكلف من تصرف له المدين أن يدل على مال للمدين يفي بحق الدائن .

(٢) بودري وبارد ١ فقرة ٦٥٤ .

(٣) بودري وبارد ١ فقرة ٦٥١ ص ٦٦٠ وفقرة ٦٥٥ مكررة — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٢ ص ٠ هامش رقم ١ — هذا وقد قضت محكمة النقض بأن التقرير بأن التصرف المطعون فيه يترتب عليه ضرر بالدائن أو لا يترتب هو تقرير موضوعي . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه ، إذ قضى بعدم نفاذ التصرف في موضوع الدعوى في حق المطعون عليهم الثلاثة الأولين ، أقام قضاءه على أن لهم فضلا عن الدين المنفذ بإجراءات التنفيذ بسببه ديناً آخر مستحق الأداء وصدر به حكم ابتدائي مشمول بالنفاذ المؤقت ، وأن المال الذي بقي للمدين بعد تصرفه للطاعنات لا يكفي لوفاء جميع ديونه ، إذ قرر الحكم ذلك واستخلص إعسار المدين ، فقد استند إلى أسباب مسوغة لقضائه ولم يخطئ في تطبيق القانون ، مادام قد تبين أن الدين الذي أدخلته في تقديرها لإعسار المدين هو دين جدي مستحق الأداء (نقض مدني ٢٠ مارس ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨٤ ص ٤٩٦) .

الدعوى البولصية كلها في شرط الغش ، فإن الغش لا يتوافر في جانب المدين إلا إذا تصرف تصرفاً مفقراً يؤدي إلى إعساره للإضرار بدائن حقه ثابت قبل هذا التصرف . فلا يكفي إذن أن يكون التصرف المطعون فيه د تسبب في إعسار المدين أو زاد في إعساره على النحو المتقدم ، بل يجب أيضاً أن يكون هذا التصرف قد صدر من المدين غشاً [١] . وشرط الغش هذا هو الذي يدخل العنصر النفسي في الدعوى البولصية، لأن الباعث هنا له الأثر الأكبر في نفاذ التصرف في حق الدائن أو عدم نفاذه .

والغش في الدعوى البولصية (fraude) غير التدليس (dol) الذي عرفناه عيباً في الرضاء . فالتدليس يدخله في الغالب طرق احتيالية ويراد به خديعة أحد المتعاقدين ، ولذلك يكون العقد قابلا للإبطال لمصلحة المتعاقد المخدوع . أما الغش في الدعوى البولصية فلا تصحبه طرق احتياليه ، ولا تراد به خديعة أحد المتعاقدين ، بل كثيراً ما يحدث أن يتواطأ المتعاقدان على الغش ، ولذلك يبقى العقد صحيحاً فيما بينهما ، وإنما يراد بالغش الإضرار بحقوق الدائن ، ولذلك يكون أثره عدم نفاذ العقد في حق الدائنين . والعبرة في الغش أن يكون موجوداً وقت صدور التصرف المطعون فيه [٢] .

على أن الغش في الدعوى البولصية والتدليس كعيب في الرضاء إنما هما تطبيقان للنظرية العامة في الغش . والغش في العقد بنوع خاص ينطوي على صور مختلفة . فيقصد به تارة الإضرار بأحد المتعاقدين ، وهذا هو التدليس كما قدمنا . ويقصد به طوراً الإضرار بالغير ، فيحتفظ باسم الغش . والغير إما أن يكون غير دائن يريد المتعاقدان إلحاق الضرر به بمحاولتهما التملص من واجب عليهما نحوه ، كعقد بيع يذكر فيه ثمن أكثر من الحقيقة لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة ، أو اقل من الحقيقة للانتقاص من الرسوم المستحقة .

وجزاء الغش في غير العقد هو التعويض . وجزاؤه في العقد يكون تارة إبطال العقد كما في التدليس عند تكوين العقد ، وطوراً يكون تعويضاً كما في التدليس عند تنفيذ العقد، وثالثة يكون عدم نفاذ العقد في حق الغير كما في الدعوى البولصية ، ورابعة يكون رد الشيء إلى حقيقته كما في الصورية ، وهو على كل حال يوجب التعويض إذا أحدث ضرراً باعتباره في ذاته عملا غير مشروع [٣] .

(١) استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٣٥ ص ٨٦٤ — استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ — ١٧ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٣ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ — ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ .

(٢) استئناف مختلط ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٢٩ .

(٣) بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٣٤٦ — فقرة ٣٥١ — ديموج ٧ فقرة ١١٣٣ وما بعدها — ريبير في القاعدة الخلقية فقرة ١٥٧ وما بعدها — جوسران في الباعث فقرة ١٧١ وما بعدها .

٥٩١ – يشترط غش المدين وعلم من صدر له التصرف بالغش إذا كان التصرف معاوضة :

وتنص الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ من التقنين المدني ، كما رأينا ، على أنه " إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . ويكفي لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر . كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر " .

ويتبين من هذا النص أنه إذا كان التصرف الصادر من المدين معاوضة ، كبيع مثلاً، وجب أن يكون منطوياً على غش من المدين . وقد توخى التقنين المدني الجديد إقامة قرائن قانونية لتيسير الإثبات الذي يحمل عبئه الدائن . فعلى الدائن أن يثبت أن المدين وقت أن صدر منه البيع كان يعلم أن هذا البيع يسبب إعساره أو يزيد في إعساره. ويستطيع الدائن أن يستخلص هذا العلم من بعض القرائن القضائية التي تقوم في الدعوى ، كما إذا كان المدين قد تصرف لولده أو لزوجته أو لأحد أقاربه الأقربين ولم يكن لمن تصرف له مال ظاهر يقوم معه احتمال جدي أن دفع الثمن .

فإذا أثبت الدائن علم المدين بإعساره ، كان هذا قرينة قانونية على غش المدين . ولكن القرينة غير قاطعة ، فهي قابلة لإثبات العكس . ويستطيع المدين أن ينقضها بأن يثبت من جانبه أنه بالرغم من علمه بإعساره إلا أنه لم يقصد إلحاق الضرر بالدائن ، بل كان الدافع له على التصرف باعثاً آخر ، كتلبية لنداء واجب أدبي ، أو حصوله على ما يقوم بحاجات المعيشة مع وثوقه أن إعساره مؤقت لا يلبث أن يزول وإن أخلفت الأيام ظنه فبقي معسراً [١] . وقد يتعاقد المدين تعاقداً يؤدى إلى إعساره وهو عالم بذلك ، وإنما يقدم على التعاقد لا غشاً وإضراراً بحقوق الدائن ، بل اعتقاداً منه أن هذا التعاقد الذي أدى إلى إعساره سيكون سبباً في ترويج أعمال وعودته إلى اليسار . ففي مثل هذه الحالة ، إذا أثبت المدين ذلك ، لا يجوز للدائن الطعن في العقد لانعدام الغش [٢] .

ولا يكفي ، مادام التصرف في معاوضة ، أن يكون هذا التصرف منطوياً على غش من المدين على النحو المتقدم الذكر ، بل يجب أيضاً أن يكون من صدر له التصرف

---

(١) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٠١ – ١٨ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ [illegible] بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٠ – ريبير في القاعدة الخلقية فقرة ١٦٩ – جوسران ٢ [illegible] والتون ٢ ص ١١٢ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٧٩٨ – ص ٧٩٩ .

(٢) أنظر في هذا المعنى الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات فقرة ٣٤٦ .

المشترى مثلا – على علم بهذا الغش . وهنا أيضاً يقيم التقنين المدني الجديد قرينة قانونية أخرى ، فيكفي أن يثبت الدائن علم من صدر له التصرف أن هذا التصرف يسبب إعسار المدين أو يزيد في إعساره ، حتى يعتبر من صدر له التصرف أنه على علم بغش المدين [١] . وعلى من صدر له التصرف ، إذا أراد أن ينقض هذه القرينة ، أن يثبت أنه، بالرغم من هذا العلم ، كان يعتقد بحسن نية أن المدين لم يكن يقصد الإضرار بدائنيه، كأن يكون التصرف الصادر من المدين ليس إلا تصرفاً مألوفاً تقتضيه صيانة تجارته أو زراعته أو صناعته [١] .

ويتبين مما تقدم أن التصرف إذا كان معاوضة وطعن فيه الدائن بالدعوى البولصية، بدأ بإثبات أن المدين قد تصرف وهو عالم بأن هذا التصرف يؤدي إلى إعساره ، وأن من صدر له التصرف يعلم ذلك أيضاً [٢] . فإذا تمكن من هذا الإثبات ، فرضنا الغش في جانب المدين وفي جانب من صدر له التصرف ، حتى يثبت أي منهما أنه لم تكن عنده نية الإضرار

(I) مفاد المادة ١/٢٣٨ من القانون المدني أن المشرع اشترط لعدم نفاذ التصرف بعوض أن يثبت الدائن التواطؤ بين المدين وبين المتصرف إليه على الإضرار بحقوق الدائن لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرف عليها ، ويكفي لاعتبار الغش متوافراً أن يثبت علم كل من المدين والمتصرف إليه بإعسار المدين وقت صدور التصرف المطعون فيه ، وتقدير الدليل على التواطؤ و لعلم بإعسار المدين هو من المسائل الموضوعية التي تدخل في سلطة محكمة الموضوع وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله .

(جلسة ١٩٨٥/٣/١٣ الطعن رقم ١١٨٦ لسنة ٥٠ ق) .

(جلسة ١٩٨٤/٥/٨ الطعن رقم ٢١٣٦ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١٢١٣) .

(جلسة ١٩٧٨/٥/٨ الطعن رقم ٤٩٢ لسنة ٤٦ ق س ٢٩ ص ١١٨٥) .

(جلسة ١٩٧١/٤/٢٧ الطعن رقم ٣٨٤ لسنة ٣٦ ق س ٢٢ ص ٥٦٥) .

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد تيسير الإثبات في الدعوى البولصية ما يأتي : ولعل أمر الإثبات من أشق ما يصادف الدائن في الدعوى البولصية ،سواء في ذلك إثبات إعسار المدين أم إثبات التواطؤ بينه وبين من يخلفه . وقد وضع المشروع قاعدتين لتيسير مهمة الدائن في هذا الصدد : (أ) فاعتزأ من الدائن في إثبات إعسار مدينه بإقامة الدليل على مقدار ما في ذمته من ديون . فمتى أقام هذا الدليل ، كان على المدين أن يثبت أن له مالا يعادل قيمة هذه الديون على الأقل. (ب) ثم إنه جعل من مجرد علم المدين بإعساره قرينة على توافر الغش من ناحية ، واعتبر من صدر له التصرف عالما بهذا الغش إذ كان قد علم بذلك الإعسار ... من ناحية أخرى . ويراعى أن حسن النية يفترض فيما يعقد من التصرفات العادية التي تقتضيها صيانة تجارة المدين أو زراعته أو صناعته . فمثل هذه التصرفات تقع صحيحة ، وتكون بهذه المثابة بمأمن من الطعن : أنظر المادة ١١٢ من التقنين البرازيلي " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢ – ص ٦٣٣) .

أنظر في هذه المسائل في التقنين المدني السابق نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ .

(٢) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ – ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٠٤ – ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٠٥ .

بالدائن [1] . والإثبات من جانب الثلاثة يكون بجميع الطرق، لأن المراد إثبات واقعة مادية، ولأن الغش يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات [1] .

---

(1) إذا كان الحكم قد قرر أن عقد البيع موضوع النـزاع هو عقد صحيح ، لم يشبه البطلان ، ولم يقصد منه الإضرار بالدائنين ، لعدم توافر شروط الدعوى البولصية إذ لم يثبت إعسار المدين ، ولأن نشوء الدين كان لاحقاً لعقد المبيع ، فإن هذا الذي أورده الحكم لا يقتصر على نفي شروط الدعوى البولصية ، بل يفيد كذلك نفي مظنة الصورية على وجه الإطلاق .
(جلسة ١٩٥٤/٦/١٠ الطعن رقم ١١٩ لسنة ٢١ ق) .
(جلسة ١٩٤٦/٥/٢٢ الطعن رقم ١٤٠ لسنة ١٥ ق) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢ — وقد قدمنا أن إثبات علم من تصرف له المدين بإعسار المدين قد يكون بالقرائن القضائية ، كعلاقة الزوجية أو القرابة ، فإذا اقترنت هذه القرينة بقرائن أخرى تؤيدها كان هذا دليلا على العلم بإعسار المدين (استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٥ — ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٦٠ — ١١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٧ — ١٨ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٧ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٩ — ٢٢ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٤١ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١) . أنظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٢٥ (مدين باع أملاكه لأولاده وادعى أنه قبض الثمن من أمهم) — ٩ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٤ (باع المدين الأرض لقريب له يعيش معه في بيت واحد واستمرا يستغلانها معاً) — ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٦٠ (باع المدين لزوجه عقاراً ولم يتمكن الزوج من أن يثبت من أين أتت له النقود التي دفع منها الثمن ، ولم يكن في حالة مالية تسمح باحتمال وقوع هذه الصفقة له — أنظر في هذا المعنى أيضاً : (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٧ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٧) — إسكندرية الكلية الأهلية أول سبتمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١/١٧٨ ص ١٥٧ (باع المدين لزوجته المقيمة معه في معاش واحد كافة ما يملكه ، ثم بقيت الأعيان المبيعة في حيازة المدين بعد البيع). ولكن مجرد قرابة المشترى والمشترى من باطنه للبائع دون قرائن أخرى لا يكفي لإثبات سوء النية (استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٨٧ ص ٢٣٣) . ولا يكفي كذلك مجرد علاقة الزوجية دون قرينة أخرى (استئناف أهلي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤ ص ٨ — استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٧ ص ٢٢٧ — ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩).

ومن القرائن على الغش تسجيل التصرف بعد صدور الحكم بالدين ، وسرعة التصرف من المدين لمشترٍ ومن هذا المشترى لمشترٍ آخر . ولذا يعد غير نافذ شراء شخص عقار مدين بعد صدور حكم أثبت أن في ذمته ديناً ، وبعد أخذ الدائن حق اختصاص ، ولا يمكن المشترى الثاني الادعاء أنه حسن النية بمجرد عدم ظهور تسجيلات ضد المشترى الأول ، لأن من عادة المشترى الكشف أيضاً ضد البائع لبائعه (استئناف أهلي ١٢ يناير سنة ١٩١١ الحقوق ٢٧ ص ١) . وحكم على زوج بدين ، وبعد صدور هذا الحكم باع منزلا كان يملكه ، ثم بعد ذلك بأيام اشترت زوجته أرضاً فضاء وأنشأت فيها منزلاً ، فقضت المحكمة بأن هذه الظروف تكفي للحكم بأن الأرض الفضاء اشترتها الزوجة بمال المدين وأن البناء كذلك من ماله ، وإنما جعلا باسم الزوجة هروباً من الدين (استئناف أهلي ١٠ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٣٠ ص ١٧٧). وحصول الشراء في وقت مشتبه فيه ، وشراء الشخص لأطيان في جهة بعيدة عنه لا يملك فيها شيئاً ولا =

٥٩٢ — لا يشترط غش المدين ولا سوء نية من تصرف له المدين إذا كان التصرف تبرعاً

إذا كان التصرف تبرعاً : أما إذا كان التصرف الصادر من المدين تبرعاً ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٨ من التقنين المدني ، كما رأينا ، على ما يأتي : " أما إذا كان التصرف تبرعاً ، فإنه لا ينفذ في حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً " .

ويتبين من هذا النص أن المدين إذا صدر منه تبرع ، كهبة مثلا ، فليس من الضروري أن يثبت الدائن غش المدين المتبرع أي علمه بإعساره ، ومن باب أولى ليس من الضروري أن يثبت علم الموهوب له بإعسار المدين . بل يكفي للنجاح في الدعوى البولصية في حالة التبرع أن يثبت الدائن أن هذا التبرع قد سبب إعسار المدين أو زاد في إعساره ، سواء كان المدين يعلم بذلك أو لا يعلم ، وسواء كان الموهوب له يعلم هو أيضاً أو لا يعلم . ويبرر هذا الحكم أن الدائن يشكو من ضرر أصابه من جراء تبرع مدينه إذا بقي هذا التبرع قائماً ، أما الموهوب له فلا يشكو إلا من فوات نفع عليه إذا أجزنا لدائن الطعن في التبرع ، والفرق واضح بين من يتوقى ضرراً ومن يبتغي نفعاً ، فالأول أي الدائن هو الأجدر بالرعاية [1] .

أما في المعاوضات فالمفاضلة بين الدائن والمشترى غيرها بين الدائن والموهوب له . إذ المشترى إنما يتوقى ضرراً كالدائن ، فقد دفع مقابلا للمدين ، فإن كان حسن النية وجب أن

= مصلحة له فيها مع علمه بالظروف الحاصل فيها البيع ، كل ذلك يعد قرينة على الغش (استئناف مصر ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٢٦٧ رقم ١٤٧) . لكن مجرد علم الغير بأن المدين له دائنون ، وأنهم يطالبون بحقوقهم ، لا يكفي (والتون ٢ ص ١١٦) .

وإذا كان النائب سيئ النية وتعامل مع مدين معسر متواطئ معه ، فذلك كاف لاستعمال الدعوى البولصية حتى لو كان الأصيل حسن النية (والتون ٢ ص ١١٧ — الوسيط جزء أول فقرة ٨٦ ص ١٩٣) .

ويجب أن يبين طالب التحقيق في الدعوى البولصية الوقائع التي يريد إثباتها للتدليل على سوء نية المشترى ، لا أن يكتفي بإظهار استعداده لإثبات سوء النية دون أن يوضح وقائع معينة (استئناف أهلي ٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٣/٣٢٧ ص ١٨٣) .

ووجود التواطؤ في الدعوى البولصية مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها (نقض مدني ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٤١٩ ص ٨٥٠) .

(١) هالتون ١ ص ٣٤٣ — والتون ٢ ص ١١٧ — ص ١١٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٢ هامش رقم ١ .

ويلاحظ أن الموهوب له إذا كان حسن النية ، فلا يسترد منه الدائن إلا بمقدار ما اغتنى به من وراء هذا التبرع ، ويكسب الموهوب له ثمرات الشيء الموهوب مادام قد قبضها وهو حسن النية وفقاً للقواعد العامة (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٨ — هيك ٧ فقرة ٢٢١ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٦١ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٢ هامش رقم ١) .

يصل على الدائن مادام هذا لم يحتط لنفسه فيحصل على ضمان خاص لاستيفاء حقه ، وإن كان المشترى سيئ النية فصل عليه الدائن [1] .

وقد كان هذا هو أيضاً الحكم في التقنين المدني السابق [2] .

أما في فرنسا فالغش في جانب المدين شرط في الدعوى البولصية ، سواء التصرف المطعون فيه معاوضة أو تبرعاً [3] . ولكن إذا كان التصرف معاوضة ، اشترط أيضاً الغش

(١) أنظر نظرية العقد لمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٢ هامش رقم ٢ وأحكام القضاء المصري والفرنسي المشار إليها في هذا المرجع .

(٢) أنظر مناقشة مواد التقنين المدني السابق ، في نصوصها العربية والفرنسية ، لاستخلاص التمييز بين المعاوضة حيث يشترط غش المدين والتبرع حيث لا يشترط هذا الغش ، وأخذ الفقه والقضاء بهذا التمييز في عهد التقنين المدني السابق : نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٠ هامش رقم ٢ . وأنظر في تأكيد هذا المعنى : نقض مدني ٢٧ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٩ ص ١٦٩ — ومع ذلك قارن : استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٦ .

(٣) وقد كان هناك رأي في فرنسا يذهب إلى أن التبرع لا يشترط فيه الغش في جانب المدين ، لأن التبرع في ذاته قرينة على الغش (ديفر جييه على توليه ٣ فقرة ٣٥٤ هامش رقم ١ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢٠٢) .

ويستند أصحاب هذا الرأي بوجه خاص إلى أن التقنين المدني الفرنسي ذكر ثلاث أحوال يتنازل فيها المدين عن حقه دون مقابل ، فيسمح للدائن بالطعن في هذا التنازل دون أن يشترط سوء نية المدين ، بل اقتصر النص على اشتراط وجود ضرر للدائن من هذا التنازل . وهذه الأحوال هي : (أ) المادة ٦٢٢ مدني فرنسي المتعلقة بتنازل المدين عن حق الانتفاع . (ب) المادة ٧٨٨ مدني فرنسي المتعلقة بتنازل الوارث عن الميراث . (ج) المادة ١٠٥٣ مدني فرنسي المتعلقة بتنازل الموهوب له عن الهبة لمن يحل بعده فيها . وقد استخلصوا من ذلك ، ومن أن مشروع التقنين المدني الفرنسي كان يتضمن نصاً يشترط الغش في هذه الأحوال ثم حذف ، إن تنازل المدين عن حقه دون مقابل يجوز فيه الطعن حتى لو لم يوجد هناك غش في جانب المدين ، مادام هذا التنازل ضاراً بحقوق الدائن . ثم عمموا هذه القاعدة فجعلوها تشمل جميع التبرعات ، سواء كانت في صورة تنازل أو في أية صورة أخرى . وهناك من الفقهاء من يقصر القاعدة على التنازل دون غيره من التبرعات (ديرانتون ١٠ فقرة ٥٧٨ — كولميه دي سانتير ٥ فقرة ٨٢ مكررة — فيجييه ٢ فقرة ١٢٥٠) .

ولكن هذا الرأي لم يسد لا في الفقه ولا في القضاء (ديمولومب ٢٥ فقرة ١٩٢ — لوران ١٦ فقرة ٤٤٣ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٥٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣١ — ديموج ٨ فقرة ١٠٣٣ ص ٤٠٩ — نقض فرنسي ٢١ ديسمبر سنة ١٨٥٩ داللوز ٦١ — ١ — ٢١٥ — ١١ نوفمبر سنة ١٨٧٨ سيريه ٨٠ — ١ — ٢٨) . والرأي السائد هو اشتراط غش المدين حتى في التبرعات . ويرد أنصار هذا الرأي على أنصار الرأي الأول بأنه إذا كان المشرع الفرنسي قد أغفل شرط الغش في الأحوال الثلاث التي أشير إليها ، فحذفه بعد ذكره ، فلأنه لم يكن قد اتخذ لنفسه موقفاً في هذه المسألة . فإذا ما وصل إلى المادة ١١٦٧ — وهي النص الأساسي في الموضوع — نراه اتخذ موقفاً واضحاً إذ اشترط الغش بعبارة مطلقة ، ولم يميز بين المعاوضة والتبرع ، أو بين التنازل وغيره . ثم لما عرضت له حالة من أحوال التنازل بعد أن أورد المادة ١١٦٧ — وهي حالة تنازل الزوجة عن حقها في الزوكية (م ١٤٦٤) — إذا به يشترط صراحة فيها الغش (بودري وبارد ١ فقرة ٦٥٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣١) .

في جانب من صدر له التصرف . أما إذا كان التصرف تبرعاً ، لم يشترط الغش في جانب من صدر له التبرع ، ويكفي غش المدين .

٥٩٣ — خلف الخلف : وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٣٨ من التقنين المدني ، كما رأينا ، على أنه " إذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثاني يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً " .

ويستخلص من هذا النص أن هناك فرضين يجب التمييز بينهما :

(الفرض الأول) أن الخلف الذي انتقل إليه شيء من المدين قد تصرف فيه لخلف ثان تبرعاً . ففي هذا الفرض لا يشترط سوء نية الخلف الثاني ، لأنه إنما يبتغي نفعاً ولا يتوقى ضرراً كما قدمنا . فإذا كان الخلف الأول قد تلقى التصرف هو الآخر تبرعاً ، فلا تشترط سوء نيته ولا غش المدين كما سبق القول . أما إذا كان الخلف الأول قد تلقى التصرف معاوضة ، فيشترط إثبات غش كل من المدين وهذا الخلف الأول على النحو الذي قدمناه .

(الفرض الثاني) أن الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه لخلف ثان معاوضة ، وهذا هو الفرض الذي ورد فيه النص المتقدم الذكر .

فإن كان المدين قد تصرف معاوضة أيضاً للخلف الأول ، فلا يكفي أن يثبت الدائن غش كل من المدين والخلف الأول ، بل يجب أيضاً أن يثبت غش الخلف الثاني ، فيثبت أن الخلف الثاني علم أمرين : (١) غش المدين (٢) وعلم الخلف الأول بغش المدين [1] . وفي

(١) وذلك " حتى لا يكون عقد الخلف الثاني معرضاً للطعن فيه إلا إذا كان الخلف الثاني عالماً بعيب التصرف الأول من جهة المدين ومن جهة الخلف الأول " (أنظر تاريخ نص المادة ٢٣٨ آنفاً فقرة ٥٦٩ في الهامش) . أنظر استئناف أهلي ١٤ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٥٧ ص ٢٤٤ — بني سويف الكلية ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٣١ — مصر الكلية ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٢١ ص ٤٣ — استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ .

ولكن إذا باع المشترى العين بعد أن رفعت عليه الدعوى البولصية وصدر الحكم فيها وسجل ، فلا ضرورة لإثبات سوء نية المشترى الثاني (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٠ — ٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٥ — ٣ يونية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٧) . ويلاحظ أنه قد يتواطأ المدين مع آخر ، ولكن بدلا من أن يبيع له العين مباشرة ، يبيعها لشخص حسن النية ، وهذا الشخص يبيعها للمتواطئ مع المدين ، ففي هذه الحالة يكفي تواطؤ المدين مع المشترى من المشترى وإن كان المشترى الأول حسن النية (ديمولومب ٢٥ فقرة ١٩٩ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢٠٥ وهامش رقم ٢٣ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٦٧ ص ٦٧٨ هامش رقم ٢) .

هذا الحكم تخرج الدعوى البولصية على القواعد العامة . فقد كان مقتضى تطبيق هذه القواعد أنه متى أمكن النجاح في الدعوى البولصية بالنسبة إلى الخلف الأول ، انتزع الشيء من يد الخلف الثاني دون حاجة إلى إثبات سوء نيته ، لأنه لم يكن في وسع الخلف الأول أن ينقل إلى الخلف الثاني أكثر مما له [1] . ولكن المبررات التي قامت لحماية الخلف الأول وتفضيله على الدائن إذا كان حسن النية تقوم هي نفسها لحماية الخلف الثاني وتفضيله على الدائن إذا كان هو – دون الخلف الأول – حسن النية [2] .

---

(١) فالقواعد العامة كانت تقضي إذن بالاقتصار على اشتراط الغش في جانب المدين والمشترى دون المشترى من المشترى ، وقد ذهب في فرنسا بعض الفقهاء والمحاكم إلى هذا الرأي (لوران ١٦ فقرة ٤٦٥ – فقرة ٤٦٦ – ديفرجيه على تولييه ٣ فقرة ٢٥٢ ص ٢٢٧ هامش رقم ١ – محكمة استئناف أميان ٢٦ مارس سنة ١٨٢٥ سيريه ٢٥ – ٢ – ٤١٧ – محكمة استئناف ليون ٢٣ يناير سنة ١٨٦٣ داللوز ٦٦ – ١ – ١٦٥) . ولكن جمهور الفقهاء والمحاكم نزلوا عند تقاليد الدعوى البولصية ، وكان القانون الروماني يشترط غش المشترى من المشترى (ديرانتون ١٠ فقرة ٥٨٢ – فقرة ٥٨٣ – ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٠٠ – هيك ٧ فقرة ٢٢٣ – ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٩ مكررة – لارومبيير ٢ م ١١٦٧ ص ٤٦ – أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢٠٥ – بودري وبارد ١ فقرة ٦٦٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٩ – نقض فرنسي ٢٤ مارس سنة ١٨٣٠ سيريه ٣٠ – ١ – ٢٥٢ – ٢ فبراير سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٢ – ١ – ٤٩) .

وفي مصر نزل الفقه والقضاء على تقاليد الدعوى البولصية واشترط الغش في جانب المشترى من المشترى : دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٢٩ – هالتون ١ ص ٣٤٤ – ص ٣٤٥ – والتون ٢ ص ١٢١ – ص ١٢٢ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٧ – استئناف أهلي ١٤ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢٤٤ – بني سويف ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٣١ – استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٠ .

أنظر عكس ذلك في عهد التقنين المدني السابق : استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣ – ٣ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩٢ ، وتعليق الأستاذ جبرييل بسطوروس في التعليقات على التقنين المدني المختلط م ٢٠٤ ص ٤٠٦ هامش رقم ١ . وأنظر دفاعاً طيباً عن القاعدة التقليدية في دي هلتس ١ الدعوى البولصية فقرة ٣٠ – هذا وقد نص التقنين المدني الجديد (م ٢٣٨) على القاعدة التقليدية صراحة كما رأينا، فأصبح لهذه القاعدة سند تشريعي ، ولم تعد بذلك محلا للخلاف (أنظر في كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٧ هامش رقم ١) .

(٢) وإذا فرض أن المدين باع عقاراً ، وأثبت الدائن الغش في جانبه وجانب المشترى معاً ، ولكن شفيعاً أخذ هذا العقار بالشفعة ، فهل يجب على الدائن أن يثبت غش الشفيع كذلك ؟ إذا اعتبرنا أن الشفيع تلقى الحق عن المشترى ، فإنه يجب إثبات غشه أيضاً . ولكن من القواعد المقررة في الشفعة أن الشفيع يتلقى الحق عن البائع مباشرة ولا يتلقاه عن المشترى ، فلسنا إذن في صدد مشتر ثان من المشترى الأول . لذلك لا نرى اشتراط غش الشفيع – وهو يكاد يكون مستحيلا عملا – ويكفي غش المشترى. والأولى أن يقال أن البيع الذي كان سبباً في الأخذ بالشفعة لا ينفذ أثره بالنسبة إلى الدائن ، فلا تنفذ الشفعة في حقه ، وتبقى قائمة ما بين البائع والمشترى والشفيع . ومن ثم ينفذ الدائنون بحقوقهم على العقار المشفوع فيه ، ويجوز للشفيع بعد ذلك أن يستبقي في يده ما عسى أن يبقى من العقار ويرجع بضمان الاستحقاق الجزئي على البائع (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٢ هامش رقم ٢) .

أما إذا كان المدين قد تصرف تبرعاً للخلف الأول ، فقد قدمنا أن الدائن ليس مكلفا بإثبات سوء نية المدين ولا سوء نية الخلف الأول . ولكن مادام الخلف الأول قد تصرف معاوضة للخلف الثاني ، فإنه يجب على الدائن أن يثبت ، حتى ينجح في الدعوى البولصية قبله . علم هذا الخلف الثاني بإعسار المدين . فإذا كان الخلف الثاني حسن النية، فإن يفضل على الدائن ، لأنه دفع مقابلا فهو يتوقى ضرراً كالدائن كما تقدم القول [1] .

ويلاحظ أن الدائن ، في هذا الفرض الثاني وفي حالتيه ، قد ينجح في الدعوى البولصية في مواجهة الخلف الأول دون الخلف الثاني . وعند ذلك يعتبر تصرف المدين للخلف الأول غير نافذ في حق الدائن ، أما تصرف الخلف الأول للخلف الثاني فنافذ ، ومن ثم يستطيع الدائن التنفيذ بحقه على العوض الذي التزم به الخلف الثاني للخلف الأول ، وشاركه في ذلك – إلى جانب سائر دائني المدين – جميع دائني الخلف الأول مشاركة الغرماء [2] .

٥٩٤ – التمييز بين المعاوضات والتبرعات :

ولما كان التمييز بين المعاوضات والتبرعات له أهمية كبرى في الدعوى البولصية لما قدمناه ، فإننا نستعرض هنا بعض حالا يدق فيها هذا التمييز :

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢ – ويلاحظ أن هذه الحالة من الفرض الثاني صعبة التصور عملا ، فما دام الموهوب له حسن النية ، فيبعد أن يكون المشترى من الموهوب له سيئ النية . ومع ذلك تتحقق هذه الحالة في فرنسا في المهر (dot) ، فقد يهب أب معسر لابنته مهراً وهي حسنة النية لا تعلم بإعسار أبيها ، وتعطى البنت المهر لزوجها وهو سيئ النية متواطئ مع الأب . ولا تتحقق هذه الحالة عملا في مصر إلا إذا كان كل من المدين والموهوب له سيئ النية ، فعندئذ إما أن يكون المشترى من الموهوب له حسن النية فلا يجوز للدائن رفع الدعوى البولصية، وإما أن يكون سيئ النية فيجوز للدائن ذلك (دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٣٨ – فقرة ٣٩) .

(٢) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ – وقد قيل في الاعتراض على القاعدة التقليدية إنها تيسر سبيل التهرب من الدعوى البولصية ، ويكفي لذلك أن يبادر المشترى المتواطئ مع المدين إلى بيع العين لمشتر ثان حسن النية ، فيعجز الدائن عن رفع الدعوى البولصية على المشترى من المشترى (بودري وبارد ١ فقرة ٦٦٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٩) . وما قدمناه يصلح رداً على هذا الاعتراض ، فإن الدائن في هذه الحالة يستطيع رفع الدعوى البولصية على المدين والمشترى ، ويجب أن يرد المشترى الثمن الذي أخذه من المشترى الثاني – أو قيمة العين إذا كانت أكبر من الثمن – لينفذ عليه الدائن بحقه . وكذلك الأمر لو وهب المدين العين ثم باعها الموهوب له لمشتر حسن النية ، فإن الدائن يرفع الدعوى البولصية على المدين والموهوب له ولو كان كل منهما حسن النية ، دون المشترى من الموهوب له إذ هو حسن النية ، وينفذ بحقه على الثمن الذي دفعه المشترى للموهوب له (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ – وأنظر في القانون الفرنسي ، مع ملاحظة اشتراط سوء نية المدين دون الموهوب له ، بودري وبارد ١ فقرة ٦٦٨) .

(١) عقود معاوضة إذا انطوت على غبن فاحش، كما لو باع المدين عيناً بربع ثمنها، قد تبدو أنها من قبيل التبرع . ولكن الصحيح أنها تبقى عقود معاوضة، ويشترط فيها الغش، ما لم يكن الثمن تافهاً غير جدي فيكون العقد تبرعاً لا يشترط فيه الغش . أما إذا كان الثمن جدياً ولكن انطوى على غبن فاحش ، فقد يقوم هذا الغبن الفاحش ذاته قرينة على الغش [١] .

(٢) يعتبر الإقراض دون فائدة تبرعاً ، أما الإقراض بفائدة فيعتبر معاوضة .

(٣) هناك عقود تكون تبرعاً من ناحية أحد المتعاقدين ، ومعاوضة من ناحية المتعاقد الآخر . مثل ذلك الكفالة ، شخصية كانت أو عينية ، فهي تبرع من جهة الكفيل إذا لم يأخذ عوضاً لا من المدين ولا من الدائن ، وهي معاوضة من جهة الدائن . والعبرة في هذه الحالة بجانب المعاوضة ، فإذا رفع دائن الكفيل الدعوى البولصية للطعن في عقد الكفالة — وهو عقد يزيد في التزامات الكفيل الشخصي وينتقص من حقوق الكفيل العيني — وجب عليه أن يثبت غش كل من الكفيل والدائن .

(٤) هناك عقود ليست تبرعات خالصة ، بل يدخل فيها عنصر المعاوضة . مثل ذلك هبة تصدر من شخص اعترافاً بجميل أسداه إليه الموهوب له (donation rémunératoire)، فهذه الهبة هي في حقيقتها معاوضة قل أن تدخلها نية الغش ، فلا يجوز الطعن فيها بالدعوى البولصية . على أننا لو فرضنا أن المدين كان مدفوعاً في هبته ، إلى جانب الاعتراف بالجميل، بنية الإضرار بدائنيه فبالغ في قيمة الهبة ، فإنه يجوز الطعن في التصرف بالدعوى البولصية ، ولكن يشترط هنا إثبات الغش . مثل ذلك أيضاً الهبة بعوض ، فإنه يجب اعتبار العقد معاوضة لا سيما إذا التزم الموهوب له بدفع العوض للغير، ومن ثم يجب لاستعمال الدعوى البولصية إثبات الغش [٢] . ومثل ذلك أخيراً عقد المهر في القانون الفرنسي ، فإن القضاء في فرنسا يعتبره عقد معاوضة فيستلزم إثبات الغش في جانب المدين الذي قدم المهر وفي جانب كل من الزوجين [٣] ، أما الفقه الفرنسي فيعتبره تبرعاً يكفي فيه — في القانون الفرنسي — إثبات غش المدين الذي قدم المهر [٤] . وفي الشريعة الإسلامية المهر مبلغ من المال يعطيه الزوج لزوجته ، وفيه معنى المقابل لحل الاستمتاع ، ولذلك يسقط نصف المهر بعدم الدخول . ومن هذا نرى اعتبار المهر معاوضة ، فيجب على دائن الزوج أن يثبت

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٦ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣١ .

(٣) نقض فرنسي ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١ — ١ — ٥٠٠ .

(٤) بودري وبارد ١ فقرة ٦٧١ — فقرة ٦٨٠ .

تواطؤ الزوج مع زوجته على الزيادة في مهرها زيادة فاحشة بقصد الإضرار بحقوق الدائن . أما الهدايا التي يقدمها الخطيب لخطيبته والزوج لزوجته فنرى اعتبارها من قبيل التبرعات ، فلا يشترط فيها إثبات الغش. وأما ما قد يقدمه والد الزوجة أو أحد أقاربها من المعونة المالية لتجهيزها فيمكن أن يعد وفاء لالتزام طبيعي ، لا يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية إلا إذا ثبت الغش بأن جاوزت المعونة الحد المألوف وزاد الجهاز على جهاز المثل [١] .

المبحث الرابع

التقادم في الدعوى البولصية

٥٩٥ — تقادم الدعوى البولصية في التقنين المدني السابق وفي التقنين المدني الفرنسي : لم يكن هناك نص خاص في التقنين المدني السابق في صدد تقادم الدعوى البولصية . لذلك لم يكن هناك خلاف في تقادم هذه الدعوى بخمس عشر سنة، شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى التي لم يرد في أمر تقادمها نص خاص [٢] . وكانت

(١) أنظر في ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٨ هامش رقم ١ — وأنظر في المهر من حيث إنه معاوضة أو تبرع في القانون الفرنسي دموج ٧ فقرة ١٠٣٨ — فقرة ١٠٤٣ مكررة . وأنظر : استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٣٠ م ٣٢ ص ٢٤٥ — ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٣٢ ص ٢٨٧ — وأنظر أيضاً المادة ٢٢٩ من التقنين التجاري .

الدعوى البولصية في القانون التجاري : والدعوى البولصية في القانون التجاري لها صورتان : (١) صورة مماثلة لصورتها في القانون المدني ، وتنص عليها المادتان ٢٢٩ — ٢٣٠ من التقنين التجاري (السابق) ، وهي نصوص تتفق في جوهرها مع نصوص التقنين المدني الجديد ، وتفوق في الدقة نصوص التقنين المدني السابق (أنظر : نقض مدني ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٢ ص ٤٩ — استئناف مختلط ١٤ يونية سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٢٥) . (٢) وصورة أخرى مقصورة على تصرفات التاجر المفلس منذ شهر إفلاسه وقبل ذلك بقليل ، وتنص عليها المادتان ٢٢٧ — ٢٢٨ من التقنين التجاري . والذي يميز هذه الصورة الأخرى أن القانون فيها يفترض الغش في جانب المدين ، فلا يكلف الدائنين ولا السنديك بإثباته ، ولا يسمح للمدين بنفيه عنه ، مادام التصرف قد صدر من المدين في وقت غير سابق على تاريخ توقفه عن الدفع بأكثر من عشرة أيام (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٧٩٧ هامش رقم ١) .

(٢) استئناف أهلي ٢٥ يوليه سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ٣/١٦٢ ص ٤٨٣ (ويقرر الحكم أن الوقف له حق التمسك بسقوط الدعوى بالتقادم باعتباره شخصاً أدبياً ، وذلك في حالة الوقف إضراراً بالدائنين) — دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٥٤ — والتون ٢ ص ١٦٢ — الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات فقرة ٣٦٠ — مذكرات الأستاذ محمد صادق فهمي فقرة ٥١٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٠ .

المدة تسرى من وقت صدور التصرف من المدين لا من وقت علم الدائن بالتصرف لأن سبب الدعوى قد وجد منذ صدور التصرف [1].

ولا يوجد كذلك في التقنين المدني الفرنسي نص خاص بتقادم الدعوى البولصية . وجمهور الفقهاء في فرنسا ، سواء منهم من كيف الدعوى بأنها دعوى تعويض ومن كيفها بأنها دعوى بطلان ، يقولون بأن الدعوى البولصية تسقط كسائر الدعاوى بثلاثين سنة ، لا بعشر سنوات وهي المدة التي تسقط بانقضائها دعاوى البطلان في القانون الفرنسي [2] .

٥٩٦ – تقادم الدعوى البولصية في التقنين المدني الجديد : وقد رأينا أن التقنين المدني الجديد قد استحدث نصاً في تقادم الدعاوى البولصية ، فقضت المادة ٢٤٣ بأن " تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه " [1] .

(١) دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٥٥ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٠ – وأنظر : ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٤٢ – بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٠ .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٤٦٧ – فقرة ٤٦٩ – ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٤٠ – فقرة ٢٤٤ – هيك ٧ فقرة ٢٢٩ – أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢١٥ – ص ٢١٦ – بودري وبارد ١ فقرة ٧٢٩ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٧ فقرة ٩٦٦ – كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٥٤ – جوسران ٢ فقرة ٧٠٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٤٤ – جروبيه فقرة ٢٥٩ – ديموج ٧ فقرة ١١٠٩ – وقد ذكرنا أن الفقهاء الذين يذهبون إلى أن الدعوى البولصية دعوى بطلان يجعلونها مع ذلك تسقط بثلاثين سنة لا بعشر سنوات ، ويعلل الأستاذان بودري وبارد ذلك بأن سقوط دعوى البطلان بعشر سنوات مبني على إجازة ضمنية . والإجازة الضمنية لا تتصور في الدعوى البولصية (بودري وبارد ١ فقرة ٧٢٦ ص ٧٤٧ وهامش رقم ٢) . ولا نرى هذا التعليل وجيهاً ، فإن للدائن أن يتنازل عن الدعوى البولصية ، إذ ليست هذه الدعوى من النظام العام ، ولم تتقرر إلا لمصلحة الدائن ، ولا يخفي أن تنازل الدائن عن الدعوى إنما هو بمثابة إجازة ضمنية لتصرف المدين . والأدق أن يقال إن الدائن ، وهو من الغير ، يقر التصرف (ratifer) لا يجيزه (confirmer) (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٠ ص ٨١٤ هامش رقم ١) .

على أن هناك من الفقهاء الفرنسيين من يتقيد بمنطق البطلان فيجعل الدعوى تسقط بعشر سنوات (ديرانتون ١٠ فقرة ٥٨٥) . وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني (الفقرة الأخيرة من المادة ٢٧٨) تسقط الدعوى البولصية بعشر سنوات .

(1) مفاد نص المادة ٢٤٣ من القانون المدني أن الدعوى البولصية تسقط بأقصر المدتين ، الأولى ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف في حقه لأن الدائن قد يعلم بالتصرف ولا يعلم بما يسببه من إعسار للمدين أو بما ينطوي عليه من غش إذا كان من المعاوضات ، والثانية خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف ومن ثم فإنه على من يتمسك بالتقادم الثلاثي المشار إليه أن يثبت علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتاريخ هذا العلم لتبدأ منه مدة ذلك التقادم .

ونرى من ذلك أن التقنين المدني الجديد جعل مدة تقادم الدعوى البولصية معادلة لمدة تقادم دعاوى البطلان والدعاوى الناشئة عن العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب، وإن كانت الدعوى البولصية ليست بدعوى بطلان كما سيجيء . وقد نزل التقنين الجديد بمدة التقادم إلى ثلاث سنوات حتى لا يبقى مصير التصرف الصادر من المدين معلقاً مدة طويلة . وقد كان المشروع التمهيدي يجعل مدة التقادم سنة واحدة ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ رفعت هذه المدة إلى ثلاث سنوات " توخياً للتيسير " [1] . وتسرى مدة الثلاث السنوات من وقت علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، " لأن الدائن قد يعلم بصدور التصرف ، ولكن لا يعلم بالأسباب التي تستتبع عدم نفاذه في حقه " [2] . فيجب إذن ، لسريان هذه المدة القصيرة ، أن يعلم الدائن ، لا بصدور التصرف المطعون فيه من مدينه فحسب بل يعلم أيضاً بإعسار مدينه وبالغش الواقع من هذا المدين ومن خلفه إن كان هناك موجب لذلك ، وفقاً للقواعد التي سبق ذكرها [3] .

وقد لا يعلم الدائن بكل ذلك إلا بعد صدور التصرف بمدة طويلة . فإذا زادت هذه المدة على اثنتي عشرة سنة، ثم تركنا بعد ذلك للدائن ثلاث سنوات لرفع الدعوى ، فإن مدة التقادم على هذا الحساب تزيد على خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف . لذلك قضت المادة ٢٤٣ مدني ، كما رأينا ، أن الدعوى البولصية " تسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه " . ففي الحالة المتقدمة الذكر ، وهي حالة ما إذا لم يعلم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف إلا بعد مدة تزيد على اثنتي عشرة سنة ، تتقادم الدعوى بانقضاء خمس عشر سنة من وقت صدور التصرف [4] .

= (جلسة ١٩٧٩/١٢/٦ الطعن رقم ٤١٣ لسنة ٤٦ ق س ٣٠ ع ٣ ص ١٧١) .

(جلسة ١٩٧٧/١/١١ الطعن رقم ٦٣٦ لسنة ٤٢ ق س ٢٨ ص ١٩٤) .

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩ الطعن رقم ٣٢٢ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ٤٦٠) .

(١) أنظر تاريخ نص المادة ٢٤٣ آنفاً فقرة ٥٦٩ في الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٥ – وأنظر تاريخ نص المادة ٢٤٣ آنفاً فقرة ٥٦٩ في الهامش .

(٣) ويترتب على ذلك أنه إذا علم الدائنون بسبب عدم نفاذ التصرف في تواريخ مختلفة ، سرى بالنسبة إلى كل منهم تقادم مدته ثلاث سنوات من تاريخ علمه . غير أن الدعوى تتقادم في كل حال ، بالنسبة إليهم جميعاً، بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف المطعون فيه (أنظر الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٦٨) .

(٤) وإذا كانت الدعوى البولصية تسقط بالتقادم المسقط ، فإن من تلقى الحق عن المدين لا يتصور فيه أن يكسب الحق بالتقادم المكسب . وذلك لأنه مالك بموجب التصرف الصادر من المدين ، وهذا التصرف يبقى قائماً فيما بينه وبين المدين بالرغم من نجاح الدعوى البولصية ، فلا حاجة إذن وقد كسب الحق بهذا =

٥٩٧ – تنازع التقنين الجديد مع التقنين السابق في الزمان : ويخلص مما قدمناه أن الدعوى البولصية كانت في التقنين المدني السابق تسقط بخمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف ، وتسقط الآن في التقنين المدني الجديد بثلاث سنوات من وقت علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف بحيث لا تزيد المدة في كل حال على خمس عشرة سنة . فتكون مدة التقادم في التقنين الجديد أقصر منها في التقنين القديم . وقد نصت المادة الثامنة من التقنين المدني الجديد في هذا الصدد على ما يأتي : " ١ – إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد، ولو كانت المدة القديمة بدأت قبل ذلك . ٢ – أما إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي ".

ويتبين من ذلك أنه إذا كان في يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ قد وجد ، وفقاً للتقنين السابق ، تقادم لم يكتمل بالنسبة إلى تصرف يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية، وجب أولاً أن تحسب مدة التقادم وفقاً للتقنين الجديد . فإذا فرض أن هذا التصرف قد صدر من المدين في أول أكتوبر سنة ١٩٤٠ ، ولكن الدائن لم يعلم بسبب عدم نفاذه إلا في أول أكتوبر سنة ١٩٥٠ ، فإن التقادم يكتمل وفقاً للتقنين السابق في أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ ، ويكتمل وفقاً للتقنين الجديد في أول أكتوبر سنة ١٩٥٣ ، فتكون العبرة بالتقادم الذي يتم وفقاً للتقنين الجديد لأنه يتم أولا .

أما إذا كان الدائن لم يعلم بسبب عدم نفاذ التصرف إلا في أول أكتوبر سنة ١٩٥٤، فإن التقادم يكتمل دائماً وفقاً للتقنين السابق في أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ ، ولكنه

= المتصرف أن يكسبه بالتقادم (أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ هامش رقم ٤٥ – بودري وبارد ١ فقرة ٧٢٧ – فقرة ٧٢٨) .

ويترتب على ذلك أن الدائن يستطيع أن يرفع الدعوى البولصية على خلف المدين ، ولو بقي هذا واضعاً يده على العين مدة التقادم المكسب ، مادامت الدعوى البولصية نفسها لم تسقط بالتقادم (استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٩٦ . الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات فقرة ٣٦٠) . ويمكن أن تتم مدة التقادم المكسب ، وإذا كانت خمس سنوات فقط ، قبل أن تتم مدة التقادم المسقط للدعوى البولصية وهي تزيد في بعض الأحوال ، تبعاً لمبدأ سريانها ، على خمس سنوات (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٠ ص ٨١٤ هامش رقم ٤) .

هذا وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في صدد تقادم الدعوى البولصية ، ما يأتي : " ويراعى أن للدائنين الآخرين أن يتمسكوا بالتقادم الحولي (عدلت المدة إلى ثلاث سنوات) قبل الدائن الطاعن (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٤) . والمقصود بالدائنين الآخرين دائنو المتصرف إليه ، لأن لهم مصلحة في هذا التمسك حتى لا يعد الدائن الطاعن على العين التي انتقلت إلى المتصرف إليه فأصبحت في ضمانهم العام .

يكتمل وفقاً للتقنين الجديد في أول أكتوبر سنة ١٩٥٧ . فتكون العبرة هنا بالتقادم الذي يتم وفقاً للتقنين السابق لأنه هو الذي يتم أولا ، وتتقادم الدعوى البولصية في هذه الحالة في أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على الدعوى البولصية

٥٩٨ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٤٠ من التقنين المدني على ما يأتي:

" متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم " .

وتنص المادة ٢٤١ على ما يأتي :

" إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل وقام بإيداعه خزانة المحكمة "[1] .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٤٠ : ورد هذا النص في المادة ٣١٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وقد وافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٤٧ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض على النص بأنه يخالف حكم التقنين المدني السابق ، وكان حكماً أفضل إذ بمقتضاه لا يستفيد من عدم نفاذ التصرف إلا الدائن الذي حكم له ، وذلك لتشجيع الدائنين على مباشرة دعوى نفاذ التصرف . أما إذا كان الدائنون جميعاً يستفيدون من آثار هذه الدعوى ، فقلما ينشط دائن بالذات لمباشرتها . ورد على هذا الاعتراض بأن الأساس القانوني يتفق مع النص المقترح ، لأن الغرض من هذه الدعوى بقاء الأموال المتصرف فيها في الضمان العام للدائنين ، فلا معنى لأن يختص بفائدتها دائن دون آخر ، لأن في ذلك إعطاء حق امتياز لأحد الدائنين بغير نص أو حكم ، وعدم مباشرة هذه الدعوى من قبل بعض الدائنين قد يرجع إلى عدم علمهم بالتصرف أو بإعسار المدين ، والدائن مباشر الدعوى سيعوض عن جميع المصروفات التي صرفها في الدعوى وتكون له الأولوية في اقتضائها . وفي جلسة أخرى اقترح بعض حضرات مستشاري محكمة النقض حذف النص لتعارضه مع قاعدة نسبية الأحكام ، ولانعدام النيابة بين الدائنين ، ولأنه لا محل للقول بعدم التجزئة لمنافاته لطبيعة الدعوى إذ هي دعوى عدم نفاذ تصرف لا دعوى بطلان وإذا كان البطلان لا يتجزأ فعدم النفاذ قد يتجزأ ، ولأن النص يشترط لإفادة الدائنين الآخرين أن يكونوا ممن صدر التصرف إضراراً بهم وإثبات تحقق هذا الشرط مرجعه إلى القضاء ومن ثم فإن النص لا يعفي أي دائن عن رفع الدعوى ، هذا إلى أن القضاء مستقر على ما يخالف حكم النص ... ولكن اللجنة لم تر الأخذ بهذا الاقتراح ، وأقرت النص كما هو تحت رقم المادة ٢٤٠ . ثم وافق مجلس الشيوخ على النص دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٢ – ص ٦٢٤) .

=

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن أحكامها كان معمولاً بها دون نص .

وتقابل النصوص في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢٤١ – ٢٤٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٦٦ – ٢٦٧ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٤٣ – ٢٤٤ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبنـــاني المادة ٢٧٨ فقرة ٣ [1] .

٥٩٩ – طبيعة الدعوى البولصية : ليست الدعوى البولصية إلا طريقاً يسلكه الدائن لينال من القضاء حكماً بأنه من الغير في تصرف صدر من مدينه المعسر

– م ٢٤١ : ورد هذا النص في المادة ٣٢١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " إذا كان من تلقى حقاً من المدين معسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن قريباً من ثمن المثل ، وقام بإيداعه خزانة المحكمة ، وأعلن كل ذي شأن بهذا الإيداع " . وفي لجنة المراجعة استبدلت عبارة " متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل " بعبارة " متى كان هذا الثمن قريباً من ثمن المثل " ، وأصبح رقم المادة ٢٤٨ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة "وأعلن كل ذي شأن بهذا الإيداع " ، لأن ذوي الشأن لا يمكن تحديدهم على سبيل الجزم ، وأصبحت المادة رقمها ٢٤١ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٥ – ص ٦٢٧) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٤١ – ٢٤٢ : (مطابقتان لنصوص التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٦٦ : (مطابقة لنص المادة ٢٤٠ من التقنين المدني المصري) .

م ٢٦٧ : (١) إذا وفى المدين بالتزامه ، أو أصبحت أمواله كافية للوفاء بما عليه ، سقط حق الدائن في التمسك بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين . (٢) ويستطيع من استفاد من التصرف الصادر إضراراً بالدائنين أن يتخلص من الدعوى إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن قريباً من ثمن المثل وقام بإيداعه صندوق المحكمة . (والفقرتان الأوليان كانتا في المشروع التمهيدي للتقنين المصري وحذفتا اكتفاء بتطبيق القواعد العامة كما سيأتي . والفقرة الأخيرة تتفق في حكمها مع المادة ٢٤١ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٢٤٣ – ٢٤٤ : (مطابقتان لنصوص التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧٨ فقرة ٣ : ولا يستفيد من نتائج هذه الدعوى إلا الشخص أو الأشخاص الذين أقاموها ، وذلك على قدر ما يجب لصيانة حقوقهم . أما فيما زاد عنها ، فيبقى العقد قائماً ، ويستمر على إنتاج جميع مفاعيله . (وهذا النص يختلف في حكمه عن نص التقنين المدني المصري في أن الدعوى البولصية في التقنين اللبناني لا تفيد إلا الدائن الذي رفعها ، كما كان الأمر في التقنين المدني المصري السابق وكما هو الأمر الآن في القانون الفرنسي ، وبخلاف التقنين المدني المصري الجديد فالدعوى البولصية فيه تفيد جميع الدائنين الذين استوفوا شروطها – أنظر الدكتور صبحي المحمصاني في الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٦٦ – ص ٦٧) .

إضراراً بحقوقه . إذ الأصل أن الدائن ينصرف إليه أثر العقد الصادر من المدين ، على أن يكون المدين حسن النية في هذا التصرف ، فإن كان سيئ النية فإن أثر العقد لا ينصرف إلى الدائن . ومن ثم تكون الدعوى البولصية هي دعوى بعدم نفاذ تصرف المدين المعسر في حق الدائن . وفي هذا تتركز آثار الدعوى البولصية ، بل ليس هذا إلا النتيجة الطبيعية لما قدمناه من شروط هذه الدعوى ، فقد رأينا أن هذه الشروط ترد إلى فكرة أساسية ، هي غش المدين بقصد الإضرار بالدائن، فأخذاً للمدين بغشه، ودرءاً لهذا الضرر ، واستخلاصاً للجزاء من طبيعة العمل ، جعل القانون تصرف المدين غير نافذ في حق المدين، وبذلك يرتد الغش ويندفع الضرر .

ومما يترتب من النتائج على أن الدعوى البولصية هي دعوى بعدم نفاذ التصرف ما يأتي : –

(أولاً) ليست الدعوى البولصية بدعوى بطلان ولا بدعوى تعويض . والفقه الفرنسي زاخر بالمناقشات المحتدمة في هذا الصدد ، وقد انقسم بين رأيين :

رأي يذهب إلى أن الدعوى البولصية هي دعوى بطلان . ويستند هذا الرأي إلى أن كلمة " البطلان " وردت في نصوص التقنين المدني الفرنسي في صدد تطبيقات للدعوى البولصية [1] ، وإلى تقاليد القانون الروماني ، وإلى تقاليد القانون الفرنسي القديم [2] . وسنرى أن الدائن لا يطلب التصرف الصادر من مدينه ، بل إن هذا التصرف يبقى قائماً ، وكل ما يطلبه الدائن هو ألا يسري في حقه أثر هذا التصرف . وليس من الدقة أن يقال أن شخصاً يعتبر من الغير في عقد ثم يطلب إبطاله . لأن البطلان لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين. أما الغير فليس له أن يطلب إلا عدم نفاذ العقد في حقه .

ورأي آخر يذهب إلى أن الدعوى البولصية هي دعوى تعويض [3] . ولو صح أن تصرف المدين كان ينفذ في حق الدائن ، فيضره فيعطى تعويضاً عن هذا الضرر ، لصح أن تكون الدعوى البولصية للتعويض . ولكن الواقع غير ذلك ، فإن تصرف المدين لا ينفذ في

(١) أنظر المواد ٢٤٣ و ٦٢٢ و ٧٨٨ من التقنين المدني الفرنسي . وأنظر أيضاً في التقنين المدني المصري السابق المادتين ٥٣/٧٦ و ١٤٣/٢٠٤ .

(٢) ديرانتون ١٠ فقرة ٥٨٥ – لوران ١٦ فقرة ٤٨٣ – فقرة ٤٨٥ – بودري وبارد ١ فقرة ٧٠٦ – جوسران ٢ فقرة ٧٠٤ .

(٣) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٤٥ – فقرة ٢٤٧ – أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٥ – أشير Acher في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٠٦ ص ٨٥ – ص ١١٨ – ديموج ٧ فقرة ١١١٢

حق الدائن ، فهو ليس في حاجة إلى تعويض إذ لم يلحقه ضرر بعد أن منع وقوعه [١] . وإذا صح أن يكون هذا تعويضاً ، فهو تعويض عيني [٢] . بل هو تنفيذ عيني لالتزام المدين ألا يضر بحقوق الدائن [٣] .

سبق أن قررنا كل ذلك في كتابنا " نظرية العقد " [٤] ، ونبهنا إلى التكييف الصحيح لدعوى البولصية [٥] ، وقد أصبح الفقه المصري بعد ذلك لا يختلف في الأمر [٦] .

وإذا نفينا عن الدعوى البولصية أنها دعوى بطلان . فقد نفينا عنها ما يذهب إليه رأي من أنها دعوى عينية [٧] ، أو رأي آخر من أنها دعوى مختلطة [٨] ، وذلك من أجل تعيين المحكمة بنظرها . فإن القول بأحد هذين الرأيين إنما كان مبنياً على أساس أنها دعوى

---

(١) وقد قدمنا أن الدائن لا يستطيع رفع الدعوى البولصية ضد الخلف الذي تلقى الحق بعوض وكان حسن النية، فتقتصر دعواه على المدين والخلف ، وينفذ بحقه على المقابل الذي حصل عليه هذا الأخير . وهنا تقرب الدعوى البولصية إلى أن تكون دعوى تعويض ولكنها . ليست كذلك ، لأن المقابل الذي ينفذ عليه الدائن بحقه قد حل محل الحق الذي كان ضماناً للدائن (قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٧) .

(٢) الأستاذ عبد الحي حجازي ٣ ص ٢٠٢ — ص ٢٠٣ .

(٣) ومن الفقهاء من يسند الدعوى البولصية إلى نظرية التعسف في استعمال الحق ، فالمدين يسيء استعمال حق التصرف في ماله إذا صدر منه التصرف بقصد الإضرار بدائنه (جوسران فقرة ٢ — جوسران ٢ فقرة ٦٨٧ — نفس المؤلف في روح الحقوق ونسبيتها ص ١٤٠) . ومنهم من يسندها إلى اعتبارات ترجع إلى النـزاهة والعدالة (ريبير في القاعدة الخلقية فقرة ١٦٩) . ومنهم من يذهب إلى أنها دعوى من نوع خاص ، أقرتها التقاليد وأعطتها مميزاتها الخاصة (كولان وكبيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٥٠) . ويقيمها دي باج على أساس أنها تعويض عيني عن عمل غير مشروع (دي باج ٣ فقرة ٢٥٢) . وكل هذه الآراء لا اعتراض عليها ، ولكنها لا تصل في التحليل إلى غايته .

(٤) فقرة ٧٣٧ — فقرة ٧٣٩ .

(٥) وترى الأساتذة بلانيول وريبير وردوان أن الدعوى البولصية أقرب إلى أن تكون دعوى بطلان ، ولكنها دعوى بطلان من نوع خاص يميزه عن البطلان المعتاد فروق عدة ، أهمها أن هذا البطلان لا يكون إلا في حق الدائنين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٧) ، ويؤخذ على هذا الرأي أن البطلان الذي لا يكون إلا في حق الغير إنما هو عدم نفاذ لا بطلان . على أنهم يرون أن الدعوى تنطوي أيضاً على معنى التعويض ، ولكنه تعويض من نوع خاص كذلك ، ويستخلصون من هذا أن الدعوى البولصية هي دعوى بطلان بغرض التعويض (action en nullité à but indemnitaire)، (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٧ ص ٣٠٠ — ص ٣٠١ — أنظر أيضاً جوسران ٢ فقرة ٧٠٤) . ويصرح الأستاذان بيدان ولاجارد أن التصرف المطعون فيه يكون غير نافذ (inopposable) في حق المدين (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٥٦) ، وكذلك الأساتذة بلانيول وريبير وبولانجيه (٢ فقرة ١٤٤٨) .

(٦) الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٤٥ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ١٥٨ — الأستاذ عبد الحي حجازي ٣ ص ٢١٠ — ص ٢١١ .

(٧) محكمة أمياد الاستئنافية ١٦ مارس سنة ١٨٣٩ سيريه ٤٠ — ٢ — ١٠ .

(٨) نقض فرنسي ٢٧ ديسمبر سنة ١١٤٣ سيريه ٤٤ — ١ — ١٢٢ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٤٥ .

بطلان ، وأن دعاوى البطلان هي دعاوى عينية لأنها ترجع العين إلى ملك المدين، أو هي دعاوى مختلطة لأنها تبدأ شخصية ثم تنقلب عينية . والآن بعد أن تبينا أن الدعوى البولصية ليست بدعوى بطلان ، لم يعد هناك محل للقول بأنها عينية أو مختلطة . وإنما هي دعوى شخصية [١] ، ولكن ليس ذلك لأنها دعوى تعويض فقد نفينا عنها هذا الوصف ، بل لأن الدائن عندما يطلب عدم نفاذ تصرف المدين في حقه يبنى هذا الطلب على التزام المدين بألا يتصرف في ماله إضراراً بدائنيه ، وهذا التزام شخصي مصدره القانون . يضاف إلى هذا أن الدائن في الدعوى البولصية لا يطالب بحق عيني ، بل ولا تؤول دعواه إلى انتقال حق عيني له أو لمدينه [٢] ، وكل ما يطلبه هو عدم نفاذ تصرف المدين في حقه . ولا يترتب على إجابة طلبه أن العين التي تصرف فيها المدين ترجع إلى ملكية هذا ، فإن تصرف المدين يبقى قائماً . كما أن العين لا تؤول إلى ملكية الدائن ، بل ترجع إلى ضمانه العام ، وعليه أن يقوم بإجراءات تنفيذية متميزة عن إجراءات الدعوى البولصية لينفذ بها على العين التي رجعت إلى ضمانه .

(ثانياً) ولما كانت الدعوى البولصية هي دعوى يطلب فيها الدائن عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين ، فمن الطبيعي أن يكون خصم الدائن في هذه الدعوى هو كل شخص اشترك في هذا التصرف . فيرفع الدائن الدعوى على المدين ومن تصرف له المدين ، وإذا كان للمتصرف له قد تصرف بدوره إلى خلف ثان وجب إدخال هذا أيضاً في الدعوى، وهكذا [٣] . فالمدين إذن لا بد أن يكون خصماً في الدعوى ، وهذا هو أيضاً ما قررناه في

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الدعوى البولصية هي دعوى شخصية يرفعها دائن لإبطال (!) تصرف مدينه الحاصل بطريق التواطؤ للإضرار به وحرمانه من إمكان التنفيذ على الملك المتصرف فيه ، والذي كان يعتمد عليه الدائن لضمان استرداده بحقوقه . وليس من نتائج هذه الدعوى تثبيت ملكية المدعي ما يطلب إبطال التصرف فيه (نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥) . وقضت أيضاً بأن الدعوى البولصية ليست في حقيقتها إلا دعوى بعدم نفاذ تصرف المدين الضار بدائنه في حق هذا الدائن وبالقدر الذي يكفي الوفاء بدينه (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٢ ص ٦٧٤) .

(٢) بودري وبارد ١ فقرة ٧٠٧ ص ٧٣٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٦ وفقرة ٩٦٨ — ولا يجوز الجمع بين طلب فسخ البيع وتثبيت الملكية وطلب عدم نفاذ التصرف (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٦ ص ٢٠٦) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن يجب رفع الدعوى البولصية في جميع الأحوال على المدين وخلف وخلف الخلف (٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ — والتون ٢ ص ١٢٠ — دي باج ٣ فقرة ٢٤١ — ولخلف الخلف حق الخلف في التمسك بطلب تجريد المدين من أمواله (بني سويف الكلية ٢٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٨٥) .

الدعوى غير المباشرة وفقاً لأحكام التقنين المدني الجديد وخلافاً لأحكام التقنين المدني السابق [١] ، وقد مر القول في ذلك .

(ثالثاً) ومادام الدائن لا يطلب إلا عدم نفاذ التصرف في حقه ، فإنه يترتب على ذلك أن تصرف المدين لا يبطل ، بل يبقى قائماً بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين [1] . بل إن الدائن نفسه يبقى متحملا أثر تصرف مدينه إلى أن يتقرر اعتباره من الغير ، بالتقاضي أو بالتراضي .

ويستطيع الدائن ألا يرفع الدعوى البولصية إلى أن تسقط هذه الدعوى بالتقادم ، فيتحمل نهائياً أثر التصرف . بل يستطيع قبل سقوط الدعوى بالتقادم أن يتنازل عنها ، فلا يجوز له عندئذ أن يعود إلى رفعها [٢] . كما يستطيع ، دون أن يرفع الدعوى ، أن يتراضى مع المدين ومن تصرف له المدين على ألا يكون التصرف نافذاً في حقه .

ويخلص من ذلك أن أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى الدائن يختلف عن أثرها بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين . وهذا ما ننتقل الآن إلى بحثه .

المبحث الأول

أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى الدائن

٦٠٠ – عدم مضي الدائن في الدعوى إذا استوفى حقه : لا يرفع الدائن الدعوى البولصية إلا بصفته دائناً . فإذا توافرت فيه هذه الصفة وقت رفع الدعوى ،

---

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤١ .

(1) الدعوى البولصية ليست في حقيقتها إلا دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين إضراراً بدائنه ولا يمس الحكم الصادر فيها صحة العقد الصادر من المدين بل يظل هذا العقد صحيحاً وقائماً بين عاقديه منتجاً كافة آثاره القانونية بينهما ، وليس من شأن الدعوى البولصية المفاضلة بين العقود ، بل هي دعوى شخصية لا يطالب فيها الدائن بحق عيني ، ولا يؤول بمقتضاه الحق العيني إليه أو إلى مدينه ، بل إنما تدخل ضمن ما يكفل به القانون حقوق الدائن ضمن وسائل الضمان ، دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود الملكية إلى المدين وإنما رجوع العين فقط إلى الضمان العام للدائن .
(جلسة ١٩٨٣/١١/٣٠ الطعن رقم ٧٣٤ لسنة ٤٩ ق س ٣٤ ص ١٧٥١) .
(جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٩ الطعن رقم ٦١٥ لسنة ٥٠ ق س ٣٤ ص ١٩٧٢) .
(جلسة ١٩٨٢/٥/١٣ الطعن رقم ٦١ لسنة ٤٩ ق س ٣٣ ص ٥٠٨) .
(جلسة ١٩٧٢/٦/١٣ الطعن رقم ٣٩٢ لسنة ٣٧ ق س ٢٣ ص ١١٠٥) .

(٢) والتنازل قد يكون صراحة أو ضمناً ، ولكن نية الدائن في التنازل يجب أن تكون واضحة ، فمجرد توقيعه حجزاً على الثمن المستحق في ذمة المشترى للبائع مدينه لا يعتبر نازلا عن الطعن بالدعوى البولصية في البيع (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٨ لوران ١٦ فقرة ٤٦٣ – بودري وبارد ١ فقرة ٧٢٥).

ثم فقدها أثناء ذلك أو بعد صدور الحكم ، بأن استوفى حقه مثلا ، فإنه لا يستطيع الاستمرار في الدعوى أو في التنفيذ . هذا إلى أنه لم تعد له مصلحة في ذلك بعد أن استوفى حقه .

وقد يقوم المدين نفسه بوفاء الدين ، فينهي بذلك الدعوى أو يوقف التنفيذ . ومصلحته في هذا العمل أنه يفي بدين في ذمته ، ويتوقى رجوع من تصرف له لو استمر الدائن في الدعوى أو في التنفيذ .

ولكن الغالب أن المدين لا يستطيع وفاء الدائن لإعساره . فيصح أن يقوم بالوفاء من تصرف له المدين . ومصلحته في هذا العمل هي أن يوقف الدعوى أو تنفيذ الحكم على الحق الذي تلقاه [١] . ثم يرجع بما وفاه على المدين ، شأن كل شخص وفي دين غيره [٢] .

---

(١) استئناف أهلي ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٩٠ – ٢٧ يونيو سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ – لوران ١٦ فقرة ٤٩١ – هيك ٧ فقرة ... – ديمولومب ٢٥ فقرة ... – أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٦ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٣

وقد ذهب بعض الفقهاء في فرنسا (فيجيه Vigié ٢ فقرة ١٢٥٦ ص ٥٦٠) إلى أن الدعوى البولصية لا توقف بالوفاء للدائن . لأنها دعوى بطلان ومتى توافر سبب البطلان وجب المضي في الدعوى والحكم به وقد سبق أن بينا خطأ القول بأن الدعوى البولصية هي دعوى بطلان . على أنه حتى إذا فرضت صحة هذا التكييف ، فإن هذا لا يمنع من أن الدائن بعد أن يستوفي حقه يفقد الصفة اللازمة في طلب الإبطال ، ولا تبقى له مصلحة في ذلك ، والدعوى لا تقوم بغير الصفة وبغير المصلحة (لوران ١٦ فقرة ٤٩١ ص ٤٧٠ – بودري وبارد ١ فقرة ٧٢٤) . ويقيس الأستاذان بودري وبارد هذه الحالة على حالة الغبن في القسمة إذ تسقط الدعوى برد الغبن نقداً أو عيناً إلى المتقاسم المغبون كما تقضي بذلك المادة ٨٩١ مدني فرنسي ، وعلى حالة الغبن في البيع إذ تسقط الدعوى كذلك بتكملة الثمن إلى تسعة أعشار القيمة الحقيقية كما تقضي بذلك المادة ١٦٨١ مدني فرنسي . وقد اقتضى الأمر نصاً خاصاً في هاتين الحالتين حتى يجوز رد الغبن نقداً لا عيناً في الحالة الأولى ، وحتى تقتصر تكملة الثمن على تسعة أعشار القيمة في الحالة الثانية – كذلك من يقول بأن الدعوى البولصية هي دعوى تعويض يقر سقوطها إذا استوفى الدائن حقه ، فقد أصبح لا محل للتعويض بعد ذلك .

(٢) ولما كان المفروض أن المدين معسر ، فإن من وفى الدين عنه لا يستطيع الرجوع عليه بكل ما وفاه ، فينتظر يسره حتى يرجع بالباقي (بودري وبارد ١ فقرة ٧٢٤ مكررة) ، وقد يحتجز من الثمن الثابت في ذمته للمدين ما يوفي به الدين .

هذا وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً – هو المادة ٣٢٠ من هذا المشروع – يجري على الوجه الآتي : " ١ – إذا وفى المدين بالتزامه ، أو أصبحت أمواله كافية للوفاء بما عليه ، سقط حق الدائن في التمسك بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين ٢ – ويستطيع من استفاد من التصرف الصادر إضراراً بالدائنين أن يتخلص من الدعوى إذا هو قام بوفاء حقوقهم ، أو إذا هو أثبت أن المدين عنده مال يكفي هذا الوفاء " . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة [illegible] (أنظر آنفاً فقرة ٥٨٩ في الهامش – مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص [illegible] في الهامش) [illegible] (١) ما قدمناه –

بل إن من تلقى الحق بعوض من المدين ، كالمشترى مثلا ، ينفتح أمامه سبيل آخر للتخلص من الدعوى البولصية إذا كان الثمن الذي اشترى به هو ثمن المثل ، وذلك بألا يدفع الثمن إلى المدين ويقوم بإيداعه خزانة المحكمة على ذمة الدائن (أنظر المادة ٢٤١ مدني وقد تقدم ذكرها) . ويستطيع من تلقى الحق التخلص من الدعوى البولصية حتى لو اشترى بأقل من ثمن المثل ، مادام يودع خزانة المحكمة ثمن المثل ، فإن الدائن متى خلص له مقابل معادل للحق الذي خرج من ضمانه لم تعد له مصلحة في الاستمرار في الدعوى . ويكفي في جميع الأحوال أن يعلن من تلقى الحق الدائن بالإيداع ، وليس من الضروري أن يعلن سائر الدائنين ، فقد لا يستطيع أن يعرفهم جميعاً [1] . ولكن ذلك لا يمنع سائر الدائنين ، إذا هم علموا بإيداع الثمن خزانة المحكمة ، أن يبادروا إلى التنفيذ على الثمن بحقوقهم ، وهم يشاركون في ذلك الدائن الذي رفع الدعوى البولصية مشاركة الغرماء كما سنرى .

٦٠١ – عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن : فإذا لم يستوف الدائن حقه، استمر في الدعوى حتى يحصل على حكم يقضى بعدم نفاذ تصرف المدين بالنسبة إليه، فلا يسري في حقه أثر هذا التصرف ، إذ يعتبر فيه من الغير . ويترتب على ذلك أن الحق الذي تصرف فيه المدين يعتبر أنه لم يخرج من ضمان الدائن ، فينفذ هذا عليه [2] ، ويتخذ في

– من جواز وفاء المدين أو حلفه بالدين للدائن فتسقط الدعوى البولصية . (٢) حق خلف المدين في طلب تجريد المدين ، وقد تقدم تفصيل ذلك . إلا أننا ذكرنا هناك (أنظر آنفاً فقرة ٥٨٩ في الهامش) أن الخلف لا يطلب منه أن يدل الدائن على مال للمدين يكفي لوفاء الدين ، ولو بقي النص المحذوف لوجب عليه أن يدل على ذلك . أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٣ – ص ٦٣٤ .

(١) أنظر تاريخ المادة ٢٤١ آنفاً فقرة ٥٩٨ في الهامش .

(٢) فإذا كان التصرف المطعون فيه هو ترتيب حق عيني على مال للمدين – كحق ارتفاق أو انتفاع أو رهن – سقط هذا الحق بالنسبة إلى الدائن ، ونفذ هذا على المال كأن لم يترتب عليه حق مما ذكر . وإذا كان التصرف إسقاط حق عيني – كالتنازل عن حق ارتفاق – رجع هذا الحق بالنسبة إلى الدائن ، ونفذ هذا على العين كما لو كان حق الارتفاق ثابتاً لها . وإذا كان التصرف إبراء المدين ذمة مدين له ، لم ينفذ هذا الإبراء في حق الدائن ، واعتبر الدين لا يزال موجوداً في ذمة مدين المدين ، وللدائن أن يحجز عليه حجز ما للمدين لدى الغير (بودري وبارد ١ فقرة ٧٠٩ ص ٧٣٢ – بلانيول وريبير وردوان ١ فقرة ٩٦١) .

على أنه يلاحظ أن من تصرف له المدين قد يكون دفع إلى المدين عوضاً عن هذا التصرف ، كما إذا كان التصرف بيعاً . وإذا كان المشترى حسن النية فلا تنزع العين من تحت يده كما قدمنا . أما إذا كان سيئ النية ، فعندئذ أن ينتزع العين من تحت يد المشترى لينفذ عليها بحقه . ولكن إذا كان للدائن أن يمنع عن نفسه الضرر الذي يصيبه من جراء تصرف المدين ، فإنه لا يجوز له أن يستفيد من هذا التصرف ، فالثمن الذي قد يبقى ديناً في ذمة المشترى ، أو الذي قد يكون المشترى دفعه وتجرد به المدين بعض ديونه ، لا يستفاد منه الدائن ، إما على اعتبار أنه زاد في حقوق مدينه إذا بقي ديناً في ذمة المشترى فيستطيع أن ينفذ –

ذلك إجراءات تنفيذ متميزة عن إجراءات الدعوى البولصية وإن كانت تقترن بها [1] ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ومن هنا نرى أن دخول الحق في ضمان الدائن يكون بأثر رجعي، إذ يعتبر أنه لم يخرج من هذا الضمان كما قدمنا [2] .

– عليه ، وإما على اعتبار أن بعض ديون مدينه قد وفيت فقل إعسار المدين بذلك . فيجب إذن أن تكون هذه الفائدة محل اعتبار ، وللمشترى أن يتمسك بها قبل الدائن ، ولا ينفذ الدائن على العين المبيعة إلا بقدر زيادة قيمة هذه العين على الفائدة التي عادت على الدائن (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٦ وفقرة ١٤٦ مكررة – بودري وبارد ١ فقرة ٧٢٠ وما بعدها – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٢ ص ٢٦٦) . فإذا لم تعد على الدائن فائدة أصلا ، بأن كان الثمن الذي قبضه المدين مالا غير ظاهر لا يستطيع الدائن التنفيذ عليه كما هو الغالب في الدعوى البولصية ، كان للدائن أن ينفذ بحقه على العين بكل قيمتها – ويلاحظ أن عدم نفاذ التصرف بالنسبة إلى الدائن إنما يكون بالقدر اللازم للوفاء بحقه . فإذا كان التصرف هبة نقود أو قرض مثلا ، فإن الذي لا ينفذ من هذه الهبة أو القرض بالنسبة إلى الدائن هو الجزء الكافي للوفاء بحقه ، أما ما عسى أن يبقى بعد ذلك فينفذ حتى في حق الدائن (استئناف أهلي ٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ١/٣٢٧ ص ١٨٣ – لوران ١٦ فقرة ٤٩٤ – جروربيه فقرة ٢٢٩ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٢ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٦ ص ٨١٨) .

(١) قد يلاحظ أن هناك شبهاً بين الدائن الذي يرفع الدعوى البولصية فيسترد عيناً تصرف فيها مدينه ، وبين دائن أخذ رهناً – أو كان له حق اختصاص أو امتياز – على هذه العين ثم باعها المدين . فإن الدائن الذي رفع الدعوى البولصية ، كالدائن المرتهن ، يستوفي حقه من العين المبيعة ، ويتحمل المشترى معين إجراءات الدعوى البولصية كما يتحمل إجراءات دعوى الرهن ، وإذا وفي الدائن حقه سقطت كل من الدعويين ويرجع في الحالتين على المدين بما وفاه من دينه ، وإذا استمر الدائن في دعواه – الدعوى البولصية أو دعوى الرهن – ونفذ بحقه على العين فإن المشترى يرجع على المدين بالضمان في الحالتين . ويزيد هذا الشبه إذا رجعنا إلى عهد التقنين المدني السابق ، إذ كان الدائن الذي يرفع الدعوى البولصية، كما سنرى ، يستأثر بالعائدة وحده ، ويتقدم كالدائن المرتهن على سائر الدائنين .

وبالرغم من وجوه الشبه هذه فإن هناك فروقاً جوهرية بين الدائن المرتهن والدائن الذي يرفع الدعوى البولصية . نذكر منها ما يأتي :

(أولا) إذا رفع الدائن المرتهن دعوى الرهن على خلف المدين ، فهو في الواقع إنما يتتبع العين في يد هذا الخلف الذي يعتبر مالكا للعين حتى بالنسبة إلى الدائن المرتهن . أما الدائن في الدعوى البولصية فلا يتتبع العين في يد الخلف ، إذ ليس له حق عيني يخول له ذلك ، فهو مضطر أولا ، قبل التنفيذ على العين ، أن يستصدر عدم نفاذ تصرف المدين في حقه ، فتعود العين إلى ضمانه ، وبعد ذلك يستطيع التنفيذ عليها . فالعين بالنسبة إليه تعتبر مملوكة للمدين ، وقد رأينا أنها بالنسبة إلى الدائن المرتهن تعتبر مملوكة لخلف المدين

(ثانياً) ويبنى على الفرق المتقدم أنه في حالة الدائن المرتهن يجوز لخلف المدين أن يلجأ إلى تطهير العين ، فإن العقار المرهون ملكه وله أن يطهره . أما في الدعوى البولصية ، فإن خلف المدين لا يستطيع التطهير ، لأن العقار غير مرهون وهو معتبر في ملك المدين بالنسبة إلى الدائن ، وليس أمام الخلف إلا أن يوفي الدائن حقه –
أو يودع الثمن خزانة المحكمة كما قدمنا .

على أن الدائن قد يضطر إلى التنفيذ على الحق منقوصاً ، كما إذا كانت العين تحت يد موهوب له حسن النية ، فيملك هذا الثمرات بالقبض طبقاً للقواعد العامة [2] . وقد يضطر إلى التنفيذ على حق آخر حل محل الحق الذي تصرف فيه المدين ، كما إذا كانت العين تحت يد مشتر ثان حسن النية ، فإن الدائن في هذه الحالة لا ينفذ إلا على الثمن المستحق في ذمة المشترى الثاني للمشترى الأول . وهذا إذا كان الثمن مساوياً لقيمة العين أو أكبر من قيمتها ، أما إذا كان أقل فإن الدائن يرجع بقيمة العين على المشترى الأول سيئ

= (ثالثاً) في حالة الدائن المرتهن ، إذا وفى الخلف الدائن حقه ، استطاع أن يرجع على المدين بدعوى الحلول . أما في الدعوى البولصية ، فالخلف لا يرجع على المدين ، بعد أن وفى دينه ، إلا بدعوى الإثراء بلا سبب أو بدعوى ضمان العقد الذي تم بينه وبين المدين .

(رابعاً) إن الدائن الذي يرفع الدعوى البولصية لا يستوفى حقه من العين التي تصرف فيها المدين إذا كان هذا التصرف معاوضة ولم يثبت الدائن غش كل من المدين وخلفه ، بل وخلف الخلف في المعاوضات كذلك . أما الدائن المرتهن فإنه يتتبع العين وينفذ عليها بحقه في يد خلف المدين وخلف الخلف ، ولو كان هؤلاء جميعاً حسني النية وكان التصرف معاوضة .

(خامساً) إن الدائن الذي يرفع الدعوى البولصية في عهد التقنين المدني الجديد لا يستأثر وحده بفائدة الدعوى ، بل يشاركه في هذه الفائدة سائر الدائنين ، أما الدائن المرتهن فله حق التقدم . وحتى في عهد التقنين المدني السابق — حيث كان الدائن الذي يرفع الدعوى البولصية يستأثر وحده بفائدة الدعوى — لم يكن هذا الدائن يستطيع أن يمنع الدائنين الآخرين من التدخل في الدعوى ، فيشاركوه في فائدتها . أما الدائن المرتهن فإنه يبقى متمتعاً بميزة التقدم مهما بدا من نشاط الدائنين الآخرين ، هذا إلى أنه لو تزاحم الدائن المرتهن مع الدائن الذي رفع الدعوى البولصية فإن الأول هو الذي يتقدم .

(أنظر في ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٨) .

(١) ذلك أن التصرف الذي صدر من المدين ينعدم أثره ، ويعتبر كأنه لم يكن بالنسبة إلى الدائن . وكان يترتب على ذلك أن جميع التصرفات التي انبنت على تصرف المدين تزول أيضاً بفضل الأثر الرجعي . ولكن قواعد الدعوى البولصية تقضى كما رأينا بوجوب إثبات الغش في جانب من تلقى العين معاوضة من خلف المدين حتى يزول التصرف الثاني الذي انبنى على التصرف الأول . ويترتب على ذلك أن الدائن ينفذ بحقه على العين مرهونة أو مثقلة بحق ارتفاق أو حق انتفاع ، إذا لم يستطع إثبات الغش في جانب الدائن المرتهن أو صاحب حق الارتفاق أو حق الانتفاع وكان هؤلاء قد كسبوا حقوقهم معاوضة من المشترى من المدين .

وقد رأينا أن الأثر الرجعي للدعوى البولصية يظهر أثره فيما لو باع المدين عقاراً لمشتر وقصدا الإضرار بالدائن ، ثم أخذ شفيع حسن النية هذا العقار بالشفعة ، فإن العقار يعتبر كأنه لم يخرج من ملكية المدين بالنسبة إلى الدائن ، ويسقط أثر الأخذ بالشفعة تطبيقاً لهذا الأثر الرجعي ، لأن الشفيع لا يعتبر مشترياً من المشترى حتى يشترط فيه سوء النية، بل هو يحل محل المشترى بحالته، فإذا كان المشترى قد اشترى في ظروف من شأنها أن تجعله خصماً للدعوى البولصية ، وجب اعتبار الشفيع في نفس الحالة ولو لم يثبت الغش في جانبه (أنظر آنفاً فقرة ٥٩٣ في الهامش — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٦ ص ٨١٩ هامش رقم ١) .

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٨ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢١٢ — ص ٢١٣ — بودري وبارد ١ فقرة ٧١٩ ص ٧٤٢ — ص ٧٤٣

النية [1] . وإذا فرضنا موهوباً له حسن النية بدلا من المشترى الأول ، وقد باع العين الموهوبة لمشتر حسن النية ، فإن الدائن لا يرجع على الموهوب له حسن النية إلا بقدر ما استفاد . فإن كان قد باع العين بأقل من قيمتها رجع عليه الدائن بالثمن دون القيمة [2] .

٦٠٢ — استفادة جميع الدائنين الذين صدر التصرف إضراراً بهم :

القاعدة في القانون الفرنسي — وكانت القاعدة كذلك أيضاً في التقنين المدني المصري السابق — أن الدائن الذي يرفع الدعوى البولصية هو الذي يستأثر وحده بفائدتها دون سائر الدائنين ممن لم يدخلوا معه في الدعوى [3] . ويعلل الفقهاء في فرنسا ذلك عادة بنسبية الحكم ، فمادام الدائنون الآخرون لم يدخلوا في الدعوى فلا يستفيدون من الحكم [4] . ولكن يرد على ذلك بأن نسبية الحكم لم تمنع الدائنين الذين لم يدخلوا في الدعوى غير المباشرة من الاستفادة بالحكم الذي يصدر فيها . ويضيف بعض الفقهاء إلى نسبية الحكم أن الدائن في الدعوى البولصية يرفع الدعوى باسمه ، بينما هو يرفعها في الدعوى غير المباشرة باسم مدينه ، ومن ثم يستفيد هو وحده في الأولى، ويستفيد معه سائر الدائنين في الثانية [5] . ولكن يرد على ذلك أن الدائن في دعوى الصورية يرفع الدعوى باسمه ، ومع ذلك يستفيد من الحكم سائر الدائنين ولو لم يدخلوا في الدعوى . ويقول الأستاذان بودري وبارد [6] إن الدائن في الدعوى البولصية لا يمثل إلا نفسه ، بدليل أنه لو استوفى حقه سقطت الدعوى . ولكن هذه علة غير مقنعة ، فإن الدائن في الدعوى غير المباشرة لا يستطيع هو أيضاً المضي في الدعوى إذا استوفى حقه .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٩٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٩٣ في الهامش — استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ وقد سبقت الإشارة إليه في هامش فقرة ٥٩٣ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٥ — بودري وبارد ١ فقرة ٧١٩ ص ٧٤٢ .

(٣) استئناف أهلي ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ — ٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ١/٣٢٧ ص ١٨٣ — ١٥ مارس سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٢ ص ٧٨ — استئناف مصر ٢٧ يونية سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤١٦ ص ٩٠٤ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ ص ٢٢٩ — استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٢ — نقض فرنسي ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٣ — ١ — ٢٥٤ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٦٦ — هيك ٧ فقرة ٢٢٦ — بودري وبارد ١ فقرة ٧١٥ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٦ ص ٨٢٠ — ص ٨٢١ .

(٤) بودري وبارد ١ فقرة ٧١٥ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٩٧ ص ٤٧٩ — دي باج ٣ فقرة ٢٤٥ (في القانون البلجيكي) .

(٥) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٥ .

(٦) جزء أول فقرة ٧١٨ .

ولذلك ذهب رأي إلى أن كل الدائنين يستفيدون من الدعوى البولصية ، حتى من لم يشترك منهم فيها ، وحتى من كان حقه لاحقاً للتصرف المطعون فيه [1] . وهناك رأي أكثر اعتدالاً يذهب إلى أن الدائنين يستفيدون من الدعوى البولصية حتى لو لم يشتركوا فيها ، بشرط أن يكون حقهم سابقاً على التصرف المطعون فيه حتى يكونوا مستوفين لشروط الدعوى [2] .

وبهذا الرأي الأخير أخذ التقنين المدني المصري، إذ نصت المادة ٢٤٠ من هذا التقنين، كما رأينا ، على أنه " متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم " . فإذا ما رفع دائن مستوف لشروط الدعوى البولصية هذه الدعوى ، جاز لأي دائن آخر مستوف مثله لشروط الدعوى أن يتدخل فيها ؛ فيستفيد من الحكم بطبيعة الحال . وإذا لم يتدخل أحد ، ونجح الدائن الذي رفع الدعوى في دعواه ، فإن الحق الذي تصرف فيه المدين يعود إلى الضمان العام لجميع الدائنين ممن استوفوا شروط الدعوى البولصية وكانت حقوقهم سابقة على التصرف المطعون فيه [1] . فإذا عمد الدائن الذي حصل على الحكم إلى اتخاذ إجراءات تنفيذية على الحق الذي عاد إلى هذا الضمان العام على النحو الذي أسلفناه ، كان لكل دائن استوفى شروط الدعوى البولصية بالنسبة إلى هذا الحق أن يتدخل في إجراءات التنفيذ ، فيشارك الدائن الأول مشاركة الغرماء ، بل قد يتقدم عليه إذا كان له حق عيني يخوله هذا التقدم . وبذلك تتحقق المساواة ما بين الدائنين ، ولا يتقدم أحد على آخر لمجرد أنه بادر إلى رفع الدعوى البولصية قبله ، بل لا يكون التقدم إلا لسبب يوجبه قانوناً [3] .

(١) ديرانتون ١٠ فقرة ٥٩٤ – لوران ١٦ فقرة ٤٨٨ – فقرة ٤٩٠ – ماركاديه ٤ فقرة ٥٠١ – كوليه دي سانتير ٥ فقرة ٨٢ مكررة ١٤ – دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٥٩ – استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٠ .

(٢) لارومبيير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٢

(1) الدعوى البولصية ليست دعوى بطلان بل هي في حقيقتها دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين المعسر إضراراً بدائنه ، وهي بذلك تتضمن إقراراً بجدية تصرف المدين فلا يسوغ أن يطلب فيها إلغاء هذا التصرف ولا يمس الحكم الصادر فيها صحته بل يظل هذا التصرف صحيحاً قائماً بين عاقديه منتجاً كافة آثاره ولا يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود ملكية العين المتصرف فيها إلى المدين ، وإنما ترجع فقط إلى الضمان العام للدائنين ، أما دعوى الصورية فتقوم على طلب بطلان التصرف لعدم جديته ويستهدف منها المدعي محو العقد الظاهر وإزالة كل أثر له وصولاً إلى التقرير بأن العين محل التصرف لم تخرج من ملك المدين .

(جلسة ١٩٨١/٥/٢٠ الطعن رقم ٧٢٨ لسنة ٤٨ ق س ٣٢ ص ١٥٤٩) .

(جلسة ١٩٧٢/٦/١٣ الطعن رقم ٣٩٢ لسنة ٣٧ ق س ٢٣ ص ١١٠٥) .

(جلسة ١٩٧١/١٢/٢٥ الطعن رقم ٢٥٤ لسنة ٣٦ ق س ٢٢ ص ٢٢٨) .

(٣) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٦ ص ٨٢٠ – ص ٨٢١ .

هذه القاعدة التي استحدثها التقنين الجديد كانت محل جدل شديد في لجنة مجلس الشيوخ . فقد قيل في هذه اللجنة أن استئثار الدائن الذي رفع الدعوى البولصية بفائدتها فيه تشجيع له على مباشرتها ، وإلا لم ينشط دائن بالذات إلى رفعها إذا وجد أن الدائنين الذين لم يشتركوا معه في رفعها يشتركون مع ذلك في فائدتها . وقيل أيضاً أن نسبية الأحكام تحول دون التسليم باشتراك الدائنين الذين لم يتدخلوا في الدعوى البولصية في فائدتها ، كما إنه لا يمكن القول بأن الدائن الذي رفع هذه الدعوى ينوب عن سائر الدائنين في رفعها . وقيل كذلك أن الدعوى البولصية إنما هي دعوى بعدم نفاذ التصرف لا بإبطاله : وإذا كان البطلان لا يتجزأ فإن عدم النفاذ قابل للتجزئة فيكون التصرف غير نافذ في حق أحد الدائنين دون الباقي . ولكن اللجنة لم تر الأخذ بهذا الرأي ، وأصرت على ضرورة المساواة بين الدائنين ، فمادام الحق قد دخل في ضمانهم العام فلا محل لتقديم أحدهم على الآخرين لمجرد أنه علم قبل غيره بصدور التصرف الضار ، وقد لا يعلم باقي الدائنين بهذا التصرف قبل أن يصدر الحكم في الدعوى البولصية، فيكون في هذا التقديم إخلال بالمساواة بينهم لا يتفق مع الاتجاه العام الذي توخاه التقنين الجديد عندما نظم الإعسار وضيق من حق الاختصاص [1] .

(١) وقد جاء تقرير لجنة الشيوخ ، رداً على الاعتراضات المتقدمة الذكر ، ما يأتي : " اقترح حذف المادة ٢٤٠ ... ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، بل اختارت إبقاء النص لأنه يعالج حالة استفاضت الشكوى منها في ظل نصوص التقنين الحالي (السابق) . وقد صدرت اللجنة في رأيها عن اعتبار جوهري ، هو أن فكرة المساواة بين الدائنين في موقفهم من الضمان العام لديونهم ، وهو أموال المدين قاطبة ، لا تتحقق إذا جعلت الأسبقية في اتخاذ الإجراء أساساً للأفضلية والاستئثار . فالنص الذي يتضمنه المشروع لا يقوم على فكرة نيابة الدائنين عن بعضهم ولا على طبيعة الدعوى ، وإنما هو يستند إلى ضرورة تحقيق المساواة في الانتفاع من الضمان العام . ولا ينبغي أن تحول دون ذلك نسبية الأحكام، لأن رسم هذه القاعدة بيد الشارع ؛ وهو يخرج عليها كلما اقتضت المصلحة ذلك . وهذا هو المسلك الذي انتهجه كثير من التشريعات الأجنبية وتابعه المشروع ، ولا سيما أنه يتفق في اتجاهه العام في تنظيم الإعسار والتضييق من حق الاختصاص " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٤) . هذا وقد استعادت الدعوى البولصية بذلك بعضاً من صبغتها الرومانية ، فقد رأينا أنها كانت في القانون الروماني دعوى جماعية يرفعها ممثل الدائنين وتعود فائدتها على الجميع ، أما هنا فلا تزال دعوى فردية ولكن فائدتها تعم جميع الدائنين . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي : " على أن المشروع لا يستأثر بفضل السبق في استحداث هذا الحكم ، فقد قضي في التقنين البرتغالي في المادة ١٠٤٤ بأن الدعوى البولصية يكون من أثرها رد ما وقع التصرف فيه إلى ذمة المدين لمنفعة الدائنين . ونصت المادة ١١٣ من التقنين البرازيلي أيضاً على أن الفائدة التي تنتج عن استعمال هذه الدعوى تدخل في نطاق ما يقتسم به الدائنين قسمة غرماء " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٤) – أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٣ (وقد ورد فيها خطأ أن الدعوى البولصية أصبحت بوضعها هذا دعوى جماعية لا فردية ، والصحيح أنها لا تزال دعوى فردية ولكن فائدتها تعود على جميع من استوفوا شروطها) .

=

٦٠٣ – رجوع الدائن بالتعويض : وللدائن ، إذا أصابه ضرر خاص من التصرف الذي صدر من المدين ، أن يطالب ، إلى جانب عدم نفاذ التصرف في حقه على النحو الذي بسطناه ، بالتعويض عن هذا الضرر الخاص وفقاً للقواعد العامة . فإذا أثبت المقرض مثلاً أن المقترض ، إذ بادر إلى التصرف في حقه ، قد حرمه من التنفيذ في الوقت المناسب ، فأصابه ضرر من ذلك يزيد على الفوائد القانونية أو الفوائد المشترطة ، جاز في هذه الحالة أن يحكم له بتعويض يزيد على هذه الفوائد ، ويتقاضاها ممن تسبب بغشه في هذا الضرر . ويتضامن في الالتزام بهذا التعويض المدين نفسه إذا كان سيئ النية ، ومن تصرف له المدين إذا كان متواطئاً معه ، وخلف هذا الأخير إذا تواطأ مع سلفه ، وهكذا . وكذلك الحكم إذا لم يكن هناك سوء نية ، كما في التبرعات ، ولكن وجد تقصير ، وذلك في غير الفوائد فقد رأينا أنه لا يجوز الحكم بفوائد تكميلية إلا في حالة سوء النية . ونحن في كل ذلك إنما نطبق القواعد العامة للمسئولية التقصيرية لا القواعد الخاص بالدعوى البولصية [1] .

ويترتب على تطبيق هذه الواعد العامة أيضاً أن العين إذا هلكت في يد المشترى أو الموهوب له سيئ النية ، كان كل من هذين مسئولا عن هلاكها ، حتى لو كان الهلاك بسبب أجنبي إذا ثبت أن العين لم تكن تهلك لو بقيت في يد المدين . أما إذا هلكت في يد الموهوب له حسن النية ، لم يرجع الدائن بتعويض عيه حتى لو هلكت العين بخطئه ، لأن تقصير الموهوب له هنا متعلق بهلاك العين لا يمنع الدائن من التنفيذ عليها . وكالهلاك التلف الكلي أو الجزئي .

= هذا وإذا صدر الحكم في الدعوى البولصية لمصلحة الدائن الذي رفعها ، استفاد من الحكم كما قدمنا سائر الدائنين الذين تتوافر فيهم شروط الدعوى ، ويرجع الدائن بمصروفات الدعوى عليهم ، كل بقدر ما استفاد ، وذلك بدعوى الإثراء بلا سبب (أنظر الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٦٦ ص ٩١). أما إذا صدر الحكم ضد الدائن ، فإنه لا يكون حجة على دائن آخر استوفى شروط الدعوى ، ويستطيع هذا الدائن الآخر أن يرفع الدعوى البولصية باسمه هو ، فإذا نجح استفاد من ذلك سائر الدائنين الذين استوفوا شروط الدعوى ، حتى الدائن الذي كان قد رفع الدعوى أولا ولم ينجح إذا هو أثبت أنه مستوف للشروط .
ويلاحظ أن القاعدة التي استحدثها التقنين الجديد ليس لها أثر رجعي . فلو أن التصرف المطعون فيه صدر قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإن أحكام التقنين المدني السابق هي التي تطبق ، وإلا فأحكام التقنين المدني الجديد .

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٢ – بودري وبارد ١ فقرة ٧١٩ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٢ – وقد لا يكون هناك محل للمسئولية التقصيرية ، فلا يحكم بالتعويض بالرغم من وجود الضرر ، وعندئذ يكون الأمر مقصوراً على تطبيق قواعد الدعوى البولصية ، فيقضى بعدم نفاذ التصرف في حق الدائن دون تعويض . ويتحقق ذلك في فرض يكون فيه المدين ومن خلفه على حقه حسني النية ولا تقصير في جانبهم ؛ وهذا ممكن في القانون المصري إذا كان التصرف الذي صدر من المدين هبة وانتقلت العين الموهوبة بطريق الهبة أيضاً من سلف إلى خلف (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٧ ص ٨٢١ هامش رقم ١).

كذلك يرد المشترى أو الموهوب له سيئ النية الثمار ، قبضها أو لم يقبضها . أما الموهوب له حسن النية فلا يرد الثمار المقبوضة ، إذ يتملكها بالقبض [1] . وإذا بني حائز العين أو غرس أو أنفق مصروفات ضرورية أو نافعة أو كمالية ، طبقت الأحكام الخاص بذلك [2] .

المبحث الثاني

أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين

٦٠٤ – حكم التصرف المطعون فيه : قدمنا أن الدعوى البولصية ليست دعوى بطلان ، فليس من أثرها أن تبطل تصرف المدين ، وإنما تجعل هذا التصرف غير نافذ في حق الدائنين . أما في حق غيرهم فيبقى التصرف قائماً ينتج كل آثاره ، إلا ما تعارض منها مع عدم نفاذ العقد في حق الدائنين . ويترتب على ذلك :

(أولا) أن التصرف المطعون فيه يبقى قائماً فيما بين المتعاقدين ، بل يبقى منصرفاً أثره إلى من يمثله المتعاقدان من خلف عام وخلف خاص .

(ثانياً) عند تعارض المبدأ المتقدم مع مبدأ عام نفاذ التصرف في حق الدائن يعالج هذا التعارض بتطبيق القواعد العامة [3]

٦٠٥ – بقاء التصرف المطعون فيه قائماً : يبقى التصرف قائما نافذ الأثر بين الطرفين [4] .

---

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٢ – فقرة ٢٥٥ – بودري وبارد ١ فقرة ٧١٩ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٢ – دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٦٢ وفقرة ٦٥ – فقرة ٦٦ – والتون ٢ ص ١١٧ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٧ – وقد نصت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الدائن الذي يطالب بالثمار التي قبضها خلف المدين بعد أن ثبت سوء نيته لا يستعمل حقه بدعوى غير مباشرة ، بل بمقتضى دعوى مباشرة مستمدة من حق خاص ثابت لهذا الدائن الذي حقه الضرر (٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣ ص ٩٤).

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٣ – بودري وبارد فقرة ٧٢٣ – دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٦٣ – فقرة ٦٤ وفقرة ٦٨ فيما يتعلق بالخس لاسترداد المصروفات – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٧ ص ٨٢٢.

(٣) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٩ .

(٤) لوران ١٦ فقرة ٤٩٤ – أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ هامش رقم ٣٨ – بودري وبارد ١ فقرة ٧١٠ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٤ – استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٢ – ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت ١٩ ص ٢٧١ – أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحة لمشروع المهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٣ .

وإذا كان التصرف بيعاً مثلا ، بقي الشيء المبيع ملكا للمشتري ، وبقي المشتري ملتزماً بدفع الثمن، وأنتج البيع كل آثاره من التزامات في جانب كل من المتعاقدين [1] . فإذا نفذ الدائن على العين المبيعة واستوفى حقه منها ، فإن الباقي من ثمن العين بعد بيعها في المزاد يكون ملكاً للمشتري لا للبائع . وهذا بالرغم من أن المشتري سيئ النية متواطئ مع البائع [2]. كذلك لو ترتب على البيع أن أخذ العين شفيع ، ثم استوفى الدائن حقه من العين المشفوع فيها ، ورجع ما بقي من العين أو من ثمنها إلى الشفيع [3] .

وإذا كان التصرف وقفاً خيرياً مثلا ، صدر إضراراً بالدائنين ، بقيت العين موقوفة بعد أن يستوفي منها الدائن حقه . فإذا بيعت لوفاء هذا الحق ، وبقي من ثمنها شيء بعد الوفاء ، كان الباقي من الثمن وقفاً ، واشتريت به عين أخرى تحل محل الأولى عن طريق الاستبدال دون حاجة إلى وقفها من جديد ، وبقيت الجهة الموقوفة عليها وشروط الوقف ونظارته لا تتغير [4] .

وكما يبقى التصرف قائماً فيما بين الطرفين ، فإن أثره ينصرف أيضاً إلى من يمثله هذان الطرفان من خلف عام أو خلف خاص . فورثة المدين لا يرثون الباقي من العين التي تصرف فيها مورثهم بعد تنفيذ الدائن عليها ، ويرث ذلك ورثة المشتري . وإذا كان تصرف المدين في العين بالبيع ، فإن دعوى الضمان التي نشأت من عقد البيع تنتقل من العين إلى المشتري من المشتري ، بالرغم من أنه سيئ النية ، باعتباره خلفاً خاصاً للمشتري .

أما بالنسبة إلى دائني المدين — غير الدائن الذي رفع الدعوى البولصية — فقد قدمنا أن التصرف المطعون فيه يكون غير نافذ في حقهم إذا استوفوا شروط الدعوى البولصية ، ذلك أنهم يستفيدون من الحكم بعدم نفاذ التصرف كما يستفيد الدائن الذي رفع الدعوى البولصية وفقاً لأحكام التقنين المدني الجديد . ويستطيع هؤلاء الدائنون جميعاً أن ينفذوا على العين بحقوقهم ، ويقسمون ثمنها بينهم قسمة الغرماء على النحو الذي قدمناه . ولكن دائني من تصرف له المدين ينفذ أثر التصرف في حقهم نفاذه في حق مدينهم ، فلهم أن يعتبروا العين مملوكة له ، وأن ينفذوا عليها بعد أن يستوفي الدائن الذي رفع الدعوى البولصية ومن

(١) استئناف أهلي ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٩٠ — ٢٧ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ — ١٥ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٤٤ ص ٧٨ .

(٢) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٠ .

(٣) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥٠ ص ٨٢٤ — ص ٨٢٥ .

(٤) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٨٢ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص [illegible] — محكمة مصر المختلطة ٢٥ مارس سنة ١٩١٢ جازيت [illegible] مارس سنة ١٩١٢ م ٢٨ ص ١٩٥ — مخلوط أول يناير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٩٢ ص ١٢٠ .

يشترك معه من الدائنين حقوقهم ، ولهم أن يستعملوا حق مدينهم في الرجوع على المدين الذي تصرف له [1] .

٦٠٦ — تعارض مبدأ قيام التصرف مع مبدأ عدم نفاذه في حق الدائن وتطبيق القواعد العامة :

على أنه لا يمكن تفادي تعارض المبدأين اللذين قدمناهما : قيام التصرف فيما بين الطرفين من جهة ، وعدم نفاذ هذا التصرف في حق الدائن من جهة أخرى . فلو فرضنا التصرف بيعاً ، فإن من حق المشتري أن تخلص له ملكية العين المبيعة طبقاً لمبدأ قيام التصرف فيما بين الطرفين ، ولا تخلص له هذه الملكية إلا بعد أن يستوفي الدائن حقه من العين طبقاً لمبدأ عدم نفاذ التصرف في حق الدائن . فلا يبقى إذن إلا تطبيق القواعد العامة للتوفيق بين المبدأين .

وتطبيق هذه القواعد يؤدي إلى أن الدائن يستوفي حقه من العين المبيعة ، لأن البيع غير نافذ في حقه . ثم لما كان البيع لا يزال قائما فيما بين المشتري والمدين الذي باع له العين، فإن المشتري يرجع على المدين بضمان الاستحقاق [2] . وله أن يطلب فسخ البيع ، ويترتب على الفسخ أن يتحلل المشتري من جميع التزاماته التي نشأت من عقد البيع ، فيزول التزامه بدفع الثمن بالرغم من تواطؤه مع المدين وإذا كان قد دفع الثمن استرده وترقب في ذلك يسار المدين ، ويرد إلى المدين ما بقي من العين في يده بعد تنفيذ الدائن [3] .

وله كذلك أن يرجع على المدين بما استوفاه الدائن ، فقد حصل ذلك من ماله ، فيرجع بدعوى الإثراء بلا سبب ، شأن كل شخص وفى ديناً عن الغير .

ويتبين مما تقدم أن المشتري له دعويان : دعوى العقد ويرفعها ضد البائع له ، ودعوى الإثراء بلا سبب ويرفعها ضد المدين . فإذا كان البائع هو المدين ، فالمشتري بالخيار

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦١ — أنظر عكس ذلك : بلانيول في مقاله في المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٢ ص ٤٩٢ — وقد قدمنا أن العين المبيعة إذا تحولت إلى مجرد دين في ذمة المشتري — كما إذا باع المشتري العين لمشتر آخر حسن النية — فإن الدائن الذي رفع الدعوى البولصية يتحمل مزاحمة دائني المشتري في الرجوع على المشتري . وسنرى في الصورية أن دائن المشتري الصوري يتقدم على دائن البائع ، خلافاً لما تقرره هنا في الدعوى البولصية .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٤ — وإذا كان التصرف تبرعاً ، لم يرجع الموهوب له على المدين بضمان الاستحقاق إلا إذا اشترط ذلك في عقد الهبة ، تطبيقاً للقواعد العامة (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٧١ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٥ — بودري وبارد ١ فقرة ٧١٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥١ ص ٨٢٦ هامش رقم ١) . وكذلك الحكم إذا كان التبرع هبة مستترة ، أو هبة غير مباشرة كتنازل عن حق شخصي أو حق عيني (بودري وبارد ١ فقرة ٧١٣) .

(٣) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥١ ص ٨٢٦ هامش رقم ٢ .

في الرجوع عليه بإحدى الدعويين . ولكن قد يكون البائع غير المدين ، كما إذا كان المدين قد تصرف في العين لآخر وهذا باعها للمشترى ، ففي هذه الحالة تتفرق الدعويان على شخصين مختلفين : دعوى الاستحقاق ترفع ضد البائع ، ودعوى الإثراء بلا سبب ترفع ضد المدين . وللمشترى أن يختار إحدى الدعويين [1] .

٦٠٧ — مقارنة بين الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة : تتفق الدعويان في أن الدائن يعالج بهما موقف مدين معسر يتعمد الإضرار بدائنه أو يهمل إهمالا من شأنه أن يضر بهذا الدائن ؛ فلا بد من إدخال المدين خصماً في كل من الدعويين . وتتفقان كذلك في أن الإجراءات فيهما فردية لا جماعية بخلاف إجراءات الإفلاس التجاري . وفي أن سائر الدائنين مع ذلك يشاركون عند التنفيذ الدائن الذي رفع الدعوى ويقسمون معه ما حصل عليه قسمة الغرماء .

وتفترق الدعويان في أن الذي يعالجه الدائن في الدعوى غير المباشرة هو عمل سلبي من المدين وهو امتناعه عن استعمال حقوقه عمداً أو إهمالا ، وما يعالجه في الدعوى البولصية هو عمل إيجابي من المدين وهو تصرفه في حقوقه إضراراً بالدائن . لذلك كانت الحماية ضد العمل الإيجابي أشد نشاطاً من الحماية ضد العمل السلبي [2] . فالدعوى البولصية يرفعها الدائن باسمه لا باسم المدين ، ويعتبر نفسه فيها من الغير بالنسبة إلى التصرف الذي يطعن فيه

(١) جوسران فقرة ٢٣٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥١ ص ٨٣٩ وهامش رقم ٣ — وإذا كان التصرف المطعون فيه من شأنه أن يزيد في التزامات المدين ، كقرض مثلاً ، فإن عدم نفاذ عقد القرض في حق الدائن السابق على هذا التصرف يجعل هذا الدائن يتقدم على المقرض فلا يزاحمه ولكن المقرض يزاحم الدائن اللاحق لعقد القرض ، إذ القرض نافذ في حق الدائن . وهنا يجب التمييز بين فرضين : (١) فإذا كان الدائن اللاحق قد أصبح دائناً بموجب تصرف قانوني متأخر على عقد القرض ، فهذا التصرف الذي عقد بعد إعسار المدين يكون هو الآخر غير نافذ في حق الدائن السابق . فلو أن شخصاً لا يملك إلا عيناً قيمتها ألف ، وله دائن بهذا المبلغ ، ثم اقترض بعد ذلك مائة من دائن ثان ، ثم مائة من دائن ثالث ، فإن القرض الأول كان سبباً في إعساره لا ينفذ في حق الدائن السابق على القرض ، وكذلك القرض الثاني لا ينفذ لنفس السبب . وإذا فرض أن قيمة العين زادت وقت التنفيذ إلى ألف ومائة ، فإن الدائن الأول يتقدم على الدائنين الثاني والثالث ، فيستوفي ألفاً كاملة ، ويتزاحم الدائنان الثاني والثالث في المائة فيأخذ كل منهم نصيبه خمسون . (٢) أما إذا كان الدائن اللاحق قد أصبح دائناً بموجب عمل مادي — كعمل غير مشروع — فأصبح للمدين دائنون ثلاثة ، دائن بألف ثم من أقرضه المائة ثم المضرور في العمل غير المشروع ، فإن الدائن المقرض يكون عند ذلك وسطاً ما بين الدائن السابق والدائن اللاحق ، فهو يتأخر عن السابق ويزاحم اللاحق ، وفي الوقت ذاته يزاحم اللاحق السابق ، فينشأ من ذلك وضع شبيه [illegible] حجرين ، كما أشار إلى ذلك الأستاذ إسماعيل غانم (أحكام الالتزام ص ١٥٦ هامش رقم ٢) [illegible]

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٦٧ .

. أما الدعوى غير المباشرة فيرفعها الدائن باسم المدين ، ويعتبر نفسه نائباً عن المدين في الحق الذي يستعمله باسمه [1] .

أما من حيث الأحكام التفصيلية فهناك فروق كثيرة ما بين الدعويين، نذكر منها :

(١) في الدعوى البولصية يشترط في الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء ، ويكفي في الدعوى غير المباشرة أن يكون حق الدائن محقق الوجود دون أن يكون مستحق الأداء .

(٢) في الدعوى البولصية يشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه ، ولا يشترط في الدعوى غير المباشرة أن يكون حق الدائن سابقاً على ثبوت حق المدين الذي يستعمله الدائن .

(٣) في الدعوى البولصية التصرف الذي يطعن فيه الدائن لا بد أن يكون تصرفاً قانونياً (acte juridique) توافرت فيه شروط معينة تقدم ذكرها ، أما في الدعوى غير المباشرة فقد يكون مصدر الحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينه تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية .

(٤) في الدعوى البولصية لا بد أن يكون المدين — فيما عدا التبرعات في القانون المصري — سيئ النية يريد بتصرفه الإضرار بحقوق دائنيه ، بل إن سوء نية المدين وحده لا يكفي إذا كان التصرف المطعون فيه معاوضة ، إذ يجب في هذه الحالة إثبات سوء نية الخلف وخلف الخلف . أما في الدعوى غير المباشرة فقد يكون المدين سيئ النية وقد يكون مهملا في استعمال حقه بنفسه ، فلا يشترط إذن في المدين سوء النية .

(٥) أثر الدعوى البولصية واحد دائماً هو اعتبار الدائن من الغير في التصرف المطعون فيه ، ذلك أنه لا توجد إلا دعوى بوليصية واحدة يرفعها الدائن باسمه ، وهي دائماً دعوى شخصية . أما أثر الدعوى غير المباشرة فيختلف باختلاف الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين ، ذلك أنه لا توجد دعوى واحدة غير مباشرة ، بل توجد دعاوى متعددة بقدر ما للمدين من حقوق يستطيع الدائن أن يستعملها ، وهي تارة تكون شخصية وطوراً تكون عينية حسب طبيعة الحق الذي يستعمله الدائن [2] .

(١) وقد قدمنا أن الدائن يستطيع أن يستعمل كلا من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة ، إذا أخفق في إحداهما لجأ إلى الأخرى . ولكنه لا يستطيع الجمع بينهما في إجراءات واحدة ، لأنهما دعويان مختلفتان (أنظر آنفاً فقرة ٥٦٧ — وأنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦١) .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦١ — فقرة ٧٦٢ .

الفصل الثالث

دعوى الصورية*

(action en simulation)

٦٠٨ — مسائل ثلاث : نحدد أولا ما هي الصورية ، ثم نبين أحكامها ، ثم نعقد مقارنة بين دعوى الصورية وكل من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة .

الفرع الأول

تحديد الصورية

٦٠٩ — معنى الصورية وأنواعها : يلجأ المتعاقدان عادة إلى الصورية عندما يريدان إخفاء حقيقة ما تعاقدا عليه لسبب قام عندهما . ومن هنا وجد : (١) العقد الظاهر (acte apparent) ، وهو العقد الصوري (acte simulé, fictif) . (٢) والعقد المستتر (acte secret)، وهو العقد الحقيقي (acte reel) وتسميه المحاكم المصرية عادة بورقة الضد (contre-lettre) .

والصورية قسمان : صورية مطلقة (simulation absolue) وصورية نسبية (simulation relative) [١] . والصورية النسبية إما أن تكون بطريق التستر (par voie de

* مراجع : بارتان (Bartin) رسالة من باريس سنة ١٨٨٥ — فوركاد (Fourcade) رسالة من تانيسيا سنة ١٨٨٧ — جلاسون (Glasson) رسالة من باريس سنة ١٨٩٧ — كازال (Cazal) رسالة من مونبلييه سنة ١٨٩٧ — لريبور بيجونير (Lerebours Pigeonniére) رسالة من كان سنة ١٨٩٨ — ديكار (Descart) رسالة من بوردو سنة ١٩٠٧ — دافد (David) رسالة من بواتيه سنة ١٩٢١ — بواسلو (Boisselot) رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ — فلافان (Flavin) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — روسو (Rousseau) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ — ناوت (Naut) رسالة من باريس سنة ١٩٥١ (على الآلة الكاتبة) — مقال للأستاذ بلابيول في المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٦ ص ٦٢٢ وما بعدها — ديموج ١ فقرة ١٥٩ وما بعدها .
مقال للأستاذ صليب سامي في مجلة المحاماة السنة الثانية — بحث في الصورية في التصرف القانوني للأستاذ أحمد رفعت خفاجي المحاماة السنة ٣٤ ص ١٤٦٥ وما بعدها .

déguisement) . وإما أن تكون بطريق المضادة (par voie de contre - lettre)، وإما أن تكون بطريق التسخير (par voie d'interposition de personnes) .

٦١٠ — الصورية المطلقة : وهي تتناول وجود العقد ذاته ، فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة ، ولا تتضمن الورقة المستترة عقداً آخر حقيقياً يختلف عن العقد الظاهر ، بل تقتصر هذه الورقة على تقرير أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري لا وجود له . مثل ذلك شخص يريد أن يتوقى من دائنيه أن ينفذوا على شيء يملكه ، فيبيع هذا الشيء بيعاً صورياً إلى شخص يتفق معه على ذلك ، ويكتبان بالبيع عقداً ظاهراً ، ويكتبان في الوقت ذاته سنداً مستتراً يذكران فيه أن البيع لا حقيقة له ، وهذا السند المستتر هو " ورقة الضد " . وفي هذه الصورة نرى اقتراب الصورية من الدعوى البولصية ، ففي كليهما يحاول المدين بغشه أن يضر بحقوق دائنيه ، وفي كليهما يعطى القانون سلاحا للدائنين يحاربون به غش المدين .

على أنه قد يكون للصورية المطلقة أغراض أخرى غير الإضرار بحقوق الدائن . فقد يتفق شخص مع آخر ممن يلوذ به على أن يبيعه بيعاً صورياً بالنصاب المالي المطلوب لمركز يرشح نفسه له ، كمركز العضوية في مجلس نيابي أو مركز العمدية أو نحو ذلك ، أو يبيعه بيعاً صورياً مالا يظهر به في مظهر ذوي اليسار حتى يتسنى له الانخراط في جمعية أو شركة تتطلب هذا المظهر أو مصاهرة أسرة تقتضي هذا اليسار .

ويتبين من هذا — ومن الحالات الأخرى للصورية النسبية التي ستأتي — أن الصورية أوسع نطاقاً من الدعوى البولصية .

٦١١ — الصورية بطريق التستر : وتتناول نوع العقد لا وجوده ، وذلك كهبة في صورة بيع . العقد الظاهر هو البيع وهو عقد صوري ، والعقد المستتر هو الهبة وهو العقد الحقيقي . ويكون الغرض من الصورية عادة في مثل هذه الحالة الهرب من رسمية العقد فيما لو ظهرت الهبة في ثوبها الحقيقي [٢] . وقد يكون الغرض ستر السبب الحقيقي للتصرف.

(١) نقض مدني ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٥ ص ٥٩٢ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٢٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا دفع بصورية عقد بيع مسجل صادر من والد إلى ولده الصورية المطلقة فأحالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق ، ثم استخلصت استخلاصا سائغا من أقوال الشهود إثباتا ونفيا — بعد أن أوردت مجمل هذه الأقوال في حكمها — أن الطاعن في العقد قد عجز عن إثبات دفعه بالصورية ، ... خلصت إلى القول بأن العقد عقد تمليك قطعي منجز انتقلت الملكية بموجبه فورا حال حياة البائع ، وأنه عقد صحيح سواء باعتباره بيعاً حقيقياً أو بيعاً يستر هبة ، وأنه حق مع التسليم أن ثمناً لم يدفع فيه لا مانع ...

كأن يكتب شخص صكاً على نفسه بدين لآخر يقول عنه أنه ثمن لشيء اشتراه وهو في الحقيقة قرض بربا فاحش ، وكأن يصدر من شخص لأحد ورثته عقد بيع وهو في الحقيقة وصية .

٦١٢ – الصورية بطريق المضادة : ولا تتناول وجود العقد أو نوعه ، بل ركناً أو شرطاً فيه . مثل ذلك عقد بيع يذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي تخففا من رسوم التسجيل ، أو ثمن أكبر من الثمن الحقيقي توقيا من الأخذ بالشفعة ، ويحتفظ المتعاقدان بسند مستتر ، هو ورقة الضد ، يذكر فيه الثمن على حقيقته .

٦١٣ – الصورية بطريق التسخير : وتتناول شخص أحد المتعاقدين ، كأن يهب شخص لآخر مالا ويكون الموهوب له المذكور في العقد ليس هو المقصود بالهبة ، بل المقصود شخص آخر يغلب أن تكون الهبة غير جائزة له ، فيوسط الواهب بينه وبين الموهوب له الحقيقي شخصاً مسخراً (personne interposée) ، تكون مهمته أن يتلقى الهبة من الواهب ثم ينقلها إلى الموهوب له . فيكون الغرض من الصورية بطريق التسخير عادة التغلب على مانع قانوني يحول دون تمام الصفقة لشخص معين [١] .

وقد أورد التقنين المدني صوراً مختلفة من الصورية بطريق التسخير ، نذكر منها :

(١) ما نصت عليه المادة ٤٧١ مدني من أنه " لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق

= قانوناً من إفراغ الهبة المنجزة في صورة عقد بيع صحيح ، فحكمها بذلك صحيح ، ولا وجه للطعن فيه بأنه فيما فعل قد خلط بين الصورية النسبية والصورية المطلقة (نقض مدني ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٤٦ ص ٢٥٦ – أنظر أيضاً : نقض مدني ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٥٢ ص ٥٩٢ وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه) .

(١) وهناك تعاقد بطريق التسخير غير الصورية بطريق التسخير ، ويدعى المسخر فيه بالاسم المستعار (prête - nom) . ففي الصورية بطريق التسخير يتعاقد الشخص مع مسخر (personne interposée) يتواطأ معه على تسخيره لمصلحة شخص ثالث يكون هو أيضاً عالماً بهذا التسخير . أما في التعاقد بطريق التسخير فإن المسخر ((prête - nom) يتعاقد مع شخص يغلب ألا يكون عالماً بالتسخير، والمسخر هنا يبرم تصرفات ثلاثة كل منها تصرف جدي . الأول عقد وكالة يكون المسخر فيه وكيلا عن آخر في تصرف يعينانه في عقد الوكالة . والثاني يعقده المسخر مع الغير يبرم فيه هذا التصرف المعين لحساب الموكل ولكن باسمه هو فينصرف إليه أثر التصرف . والثالث يعقده مع الموكل مرة أخرى ينقل له فيه أثر هذا التصرف الذي سبق أن عقده لحسابه مع الغير (أنظر بلانيول وريبير وأسمان ٦ ص ٤٢٨ هامش رقم ٢) .

المتنازع فيه كل أو بعضه ، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وإلا كان البيع باطلا " .

(٢) ما نصت عليه المادة ٤٧٢ مدني من أنه " لا يجوز لمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار ، وإلا كان العقد باطلا " .

(٣) ما نصت عليه المادة ٤٧٩ مدني من أنه " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشترى بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ، ولو بطريق المزاد العلني ، ما أنيط به بيعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ، ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى " .

(٤) ما نصت عليه المادة ٤٨٠ مدني من أنه " لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار [١] " .

٦١٤ – شروط تحقق الصورية : ويتبين مما قدمناه أن الصورية لا تتحقق إلا إذا توافرت الشروط الآتية :

(١) أن يوجد عقدان – أو موقفان – اتحد فيهما الطرفان والموضوع .
(٢) أن يختلف العقدان من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط .
(٣) أن يكونا متعاصرين ، فيصدرا معاً في وقت واحد [٢] .
(٤) أن يكونا أحدهما ظاهراً علنياً وهو العقد الصوري ، ويكون الآخر مستتراً سرياً وهو العقد الحقيقي [١] .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الصورية تكون بإخفاء حقيقة العقد في شكل عقد آخر ، أو بإخفاء اسم أحد المتعاقدين تحت اسم شخص آخر مستعار . كما تكون بإظهار وجود عقد لا حقيقة له في الوجود (أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣١٣ ص ٢١٦) .

(٢) ولا تشترط المعاصرة المادية ، بل تكفي المعاصرة الذهنية ، أي المعاصرة التي دارت في ذهن المتعاقدين وانعقدت عليها نيتهما وقت صدور التصرف الظاهر وإن صدر التصرف المستتر بعد ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأن لمحكمة الموضوع ، بما لها من سلطة تفسير العقود وتقدير الوقائع ، أن تقرر أن العقد محل الدعوى ، وإن صدر في يوم تال لعقد آخر ، بينه وبين العقد الآخر معاصرة ذهنية ، وأن العقد الأخير ، وإن وصف بأنه تراد أو تفاسخ ، هو في حقيقته ، حسبما انعقدت عليه نية الطرفين ، ورقة ضد تفيد صورية العقد الأول (نقض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) . وقضت أيضاً بأنه يكفي في اعتبار الإقرار بمثابة ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالعقد ، وإن اختلف تاريخهما (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٠ ص ١٠٢) .

٦١٥ – تمييز الصورية عن حالات مشابهة : وهناك حالات مشابهة للصورية يجب تمييز الصورية عنها . من ذلك :

(١) إن الصورية تختلف عن التدليس في أنها عمل يتفق عليه المتعاقدان متواطئين معاً ، فليس يغش أحدهما الآخر ، وإنما يريدان معاً غش الغير أو إخفاء أمر معين [٢] . أما التدليس فعمل يقوم به أحد المتعاقدين لتضليل المتعاقد الآخر [٣] .

وتختلف الصورية عن التزوير كذلك ، لأن كلا من المتعاقدين عالم بالصورية ومتواطئ عليها مع الآخر . فلا يجوز إذن الطعن في العقد الرسمي أو العرفي بالتزوير بسبب صوريته [٤] (1) .

(٢) تختلف الصورية أيضاً عن التحفظ الذهني (réserve mentale) في أن الأولى نتيجة تدبير واتفاق طرفين ، أما التحفظ الذهني ففيه يستقل أحد الطرفين – دون أن يتفق في ذلك مع الآخر – بإظهار إرادة وإبطان إرادة أخرى تختلف عن الأولى ، فإرادته الظاهرة غير جدية إذ تحفظ ذهنياً بإرادة باطنة تختلف عنها . فالتحفظ الذهني نوع من الصورية في الإرادة الظاهرة ، ولكنها صورية غير متفق عليها بين المتعاقدين .

---

(١) بني سويف الكلية ٣ يونية سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٠٩ ص ٤٤٥ – كفر الشيخ ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ المحاماة ١١ رقم ٥١ ص ٩٤ – أما الباعث على الصورية فليس ركنا فيها ، وقد قضت محكمة النقض بأن الباعث على الصورية ليس ركناً من أركان الدعوى بها ، فعدم صحة الباعث الذي أورده مدعي الصورية ليس من شأنه وحده رفض دعواه (نقض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) .

(٢) وقد لا يكونان سيئي النية . وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم بصورية العقد لا يستلزم إثبات سوء نية الطرفين فيه ، ومع ذلك إذا كان الحكم قد استظهر هذا الأمر فلا يصح تعييبه به (نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨١ ص ٥٥٣) . وقد تجتمع الصورية والتدليس ، كما إذا اتفق البائع والمشترى على صورية البيع ، ولكن المشترى أعطى البائع " ورقة ضد " بتوقيع مزور ، تدليساً منه على البائع (نقض مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٣ ص ١٩٩) .

(٣) استئناف أهلي ٥ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢١٦ .

(٤) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٩ – ديموج ١ ص ١٦٠ – والتون ٢ ص ١٢٩ – ص ١٣٠ – ويجوز إثبات صورية عقد رسمي دون الطعن فيه بالتزوير ، مادام الخصم لا يدعى تزوير العقد ذاته ، بل يقتصر على الإدعاء بأنه عقد غير جدي (نقض فرنسي ٤ يوليه سنة ١٩٢٢ سيريه ١٩٢٤ – ١ – ٢٨٦ – بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٣٤٢) .

(1) تختلف الصورية عن التزوير لأن كلا المتعاقدين عالم بالصورية ومتواطئ عليها مع الآخر ، فلا يجوز الطعن في العقد الرسمي أو العرفي بالتزوير بسبب صوريته .

(جلسة ١٩٩٧/١/٣٠ الطعن رقم ٤٠١٤ لسنة ٦٦ ق) .

(جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥ الطعن رقم ٣٧٧ لسنة ٤٦ ق س ٢٩ ص ١٣٣٧) .

(٣) ولا صورية في عقد جدي تم بين المتعاقدين ، ثم بدا لهما بعد ذلك أن يدخلا فيه تعديلا . فإذا اتفق الطرفان على عقد إيجار مثلا ، ثم عدلا العقد فيما يتعلق بالأجرة فخفضاها ، لم يكن هناك عقد صوري وعقد حقيقي ، بل هناك عقدان حقيقيان الأخير منهما يعدل الأول . وقد تقدم القول أن الصورية لا تتحقق إلا إذا كان العقدان متعاصرين [١] .

(٤) ولا صورية كذلك في عقد جدي يتم بين المتعاقدين ، حتى لو لم يكن ذلك العقد إلا وسيلة للوصول إلى غرض آخر ليس هو الغرض المباشر من العقد . فإذا تصرف المدين في ماله تصرفاً جدياً حتى يضيع على دائنه فرصة التنفيذ عليه ، فتصرف المدين في هذه الحالة تصرف جدي لا صوري، ويطعن فيه بالدعوى البولصية لا بدعوى الصورية [٢] (1) . وقد يحمل الزوج أحد أقاربه – كأحد والديه – على أن يرفع عليه دعوى نفقة ، حتى ينتقص بذلك من مقدار النفقة التي يحكم بها للزوجة ، ففي هذه الحالة لا تكون دعوى النفقة المرفوعة من غير الزوجة دعوى صورية ، بل هي دعوى حقيقية . وفي فرنسا قد يتبنى شخص آخر تبنياً حقيقياً بقصد أن ينتقص بذلك من حقوق الورثة ، وقد يتزوج الطبيب امرأة يعالجها وهي في مرض الموت حتى يجوز له أن يتلقى منها تبرعاً ممنوعاً عنه بموجب المادة ٩٠٩ من التقنين المدني الفرنسي لو لم يتزوجها [٣] .

(٥) ولا صورية في عقد ظاهر نوه فيه بالعقد المستتر ، كما في البيع مع التقرير بالشراء عن الغير (déclaration de command, életion d'ami) [٤] ، لأن شرط الصورية أن يكون هناك عقد مستتر لا يشار إليه في العقد الظاهر ، بل يبقى سراً بين الطرفين . ولذلك يصعب تحقق الصورية إذا كان العمل المستتر من شأنه ألا يكون نافذاً في

---

(١) ديموج ١ ص ٢٦٣ – الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٤٤ .

(٢) نقض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤٩ ص ٤٢١ – الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٤٤ مكررة – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٢٤ .

(1) دعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين هما دعويان مختلفتان ، فيجوز للدائن إثبات أن العقد الذي صدر من المدين صوري بغية استبقاء المال الذي تصرف فيه في ملكه ، فإن أخفق جاز له الطعن في العقد الحقيقي بدعوى عدم نفاذ التصرف في حقه ، بغية إعادة المال إلى ملك المدين ، كما أنه يجوز للدائن كذلك في الدعوى الواحدة أن يطعن في تصرف مدينه بالدعويين معاً على سبيل الخيرة .

(جلسة ١٩٧١/٢/٢٥ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٢ ص ٢٢٨) .

(٣) ديموج ١ ص ٢٦٠ – بلانيول وريبير وأسمان ٦ ص ٤٦٠ هامش رقم ١ .

(٤) أنظر في تكييف العلاقة ما بين المشترى الظاهر الذي يحتفظ بحق اختيار الغير والمشترى المستتر بأنها وكالة إذا أعمل المشترى الظاهر حقه في اختيار الغير ، وليست بوكالة إذا لم يختر أو اختار بعد الميعاد : نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٣١٢ .

حق الغير إلا بطريقة من طرق الشهر ، كتسجيل أو قيد أو إعلان ، إذ في هذه الحالة يفقد العمل المستتر سريته فلا تتوافر شروط الصورية [1] .

٦١٦ – منطقة الصورية : وأكثر ما تكون الصورية في العقود . ولكن هذا لا يمنع من أن تكون في التصرف القانوني الصادر من جانب واحد [2] ، بشرط أن يكون هذا التصرف موجهاً إلى شخص معين ، لأن الصورية نتيجة اتفاق ولا يتصور الاتفاق إلا من شخصين يتعاملان معاً . فالتنازل عن حق عيني ، أو الإبراء من دين ، أو إنهاء علاقة قانونية قائمة [3] ، كل هذا يتم بتصرف قانوني من جانب واحد ، وقد يكون هذا التصرف صورياً إذا اتفق الطرفان على أن التنازل أو الإبراء أو إنهاء العلاقة القانونية لا يقع ، وأن الحق العيني أو الدين أو العلاقة القانونية كل هذا يبقى قائماً بالرغم من التصرف الصوري [4] .

وكما تكون الصورية في العقود والتصرفات يصح أيضاً أن تكون في الأحكام [1] ، وبخاصة أحكام رسو المزاد التي لا تتعدى مهمة القاضي فيها مجرد استيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد قد رسا عليه [5] .

---

(١) ديموج ١ ص ٢٦٨ . ولا صورية في عقد يمكن تصحيحه من دليل آخر في العقد ذاتــه (intrinsèque) لا من دليل خارج عن العقد (ertrinséque) (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٧٤) .

(٢) فارن دي باج ٢ فقرة ٦٢٤ ص ٥٩٠ .

(٣) الأستاذ عبد الحي حجازي ٣ ص ٢١٢ .

(٤) أما إذا كان التصرف غير موجه إلى شخص معين ، كوعد بجائزة موجه إلى الجمهور ، فإن الصورية لا تتصور فيه ، فإذا كان الواعد غير جاد في وعده ، لم تكن هناك صورية بل كان هذا اختلافاً بين الإرادة الظاهرة والإرادة الحقيقية قريباً من التحفظ الذهني (ديموج ١ فقرة ١٦٤ ص ٢٦٧) .

(1) الصورية كما ترد في العقد ترد على الأحكام وبخاصة أحكام رسو المزاد التي لا تتعدى مهمة القاضي فيها مجرد مراقبة استيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد رسا عليه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه على ما خلص إليه من صورية دين النفقة وإجراءات التنفيذ به التي انتهت إلى إيقاع البيع على الطاعنة صورية قوامها تواطؤ الطاعنة مع المطعون عليه الثاني بقصد الإضرار بالمطعون عليه الأول ، فإنه يكون قد كشف عن بيان الصورية التي أقتنعت بها محكمة الموضوع ، ولا يكون قد خالف القانون إذا أعمل الأثر القانوني المترتب على هذه الصورية وهو إهدار حكم رسو المزاد والقضاء للمطعون عليها الأولى بصحة ونفاذ العقد .

(جلسة ١٩٧٨/١/١٧ الطعن رقم ٧٧٩ لسنة ٤٣ ق السنة ٢٩ ص ٢١٨) .

(٥) نقض مدني ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٨ ص ٣٩١ – الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٥١ – أنظر في عدم جواز الصورية في الزواج والإقرار بالبنوة وجوازها في الشركات : بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٧٥ – فقرة ٩٧٦ – وقارن دي باج فقرة ٦٢٤ ص ٥٩٠ .

الفرع الثاني

أحكام الصورية

٦١٧ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٤٤ من التقنين المدني على ما يأتي:

" ١ – إذا أبرم عقد صوري ، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا حسني النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصوري [1] ، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم " .

" ٢ – وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كان الأفضلية للأولين " .

---

(1) أ – المقرر في قضاء هذه المحكمة – أن تقدير أدلة الصورية مما يستقل به قاضي الموضوع لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى ، ومفاد نص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدني أنه يشترط في الخلف الخاص – وهو من كسب حقاً من المشترى – حتى يتمسك بالعقد الصوري أن يكون حسن النية أي لا يعلم وقت تعامله من المالك الظاهر أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري ، أما إذا كان سيئ النية أي يعلم وقت تعامله بصورية العقد الظاهر ، فإن العقد الذي يسري في حقه هو العقد الحقيقي شأنه في ذلك شأن المتعاقدين .

(جلسة ١٩٨٦/٥/٢٧ الطعن رقم ٧٥٦ لسنة ٥٣ ق) .

(جلسة ١٩٧٧/١/٣١ الطعن رقم ٤٦٦ لسنة ٤٣ ق س ٢٨ ص ٣٢٨) .

ب – يحق لدائن المتعاقد التمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية لا يعلم بصورية عقد مدينه عند حصول التصرف والأصل أن الدائن حسن النية وعلى من يدعي سوء نيته إثبات ما يدعيه .

(جلسة ١٩٩٠/٥/٢ الطعن رقم ١٦ لسنة ٤٥ ق) .

(جلسة ١٩٩٠/٢/٢١ الطعن رقم ١١٥٩ لسنة ٥٩ ق) .

(جلسة ١٩٨٩/١١/٢٢ الطعن رقم ١٠٥٦ لسنة ٥٩ ق) .

ج – الغير بالمعنى الذي تقصده المادة ٢٤٤ من القانون المدني هو من يكسب حقاً بسبب يغاير التصرف الصوري – فيجوز لمن كسب من البائع حقاً على المبيع كمشترى ثان – أن يتمسك بصورية البيع الصادر من سلفه صورية مطلقة ليزيل جميع العوائق القائمة في سبيل تحقيق أثر عقده ولو كان العقد المطعون فيه مسجلا . فالتسجيل ليس من شأنه أن يجعل العقد الصوري عقداً جدياً كما أن التسجيل لا يكفي وحده لنقل الملكية بل يجب أن يرد على عقد جدي . فالمشترى بصفته دائناً للبائع في الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له يكون له أن يتمسك بالصورية أياً كان الباعث عليها ، وهذا المشترى يعتبر من الغير في أحكام الصورية بالنسبة إلى التصرف الصادر من البائع إلى مشتر آخر وله وفقاً لصريح نص المادة ٢٤٤ من القانون المدني أن يثبت صورية العقد الذي أضر به بطرق الإثبات كافة وذلك على ما جرى به قضاء النقض.

(جلسة ١٩٨١/١١/٢٩ الطعن رقم ٤٨٩ لسنة ٤٨ ق س ٢٣ ص ٢١٦٣) .

ونفس المبدأ (جلسة ١٩٧٨/١/١٧ الطعن رقم ٧٧٩ لسنة ٤٣ ق س ٢٩ ص ٢١٨) .

وتنص المادة ٢٤٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

" إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي [1] " .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن أحكامها كانت مطبقة دون نص ، فقنن التقنين الجديد القضاء المصري في ذلك [2] .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٢٤٥ — ٢٤٦ ، وفي التقنين المدني العراقي م ١٤٧ — ١٤٩ ، وفي التقنين المدني الليبي م ٢٤٧ — ٢٤٨ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٦٠ — ١٦١ [3] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٤٤ : ورد هذا النص في المادة ٣٢٤ من المشروع التمهيدي على نحو يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية طفيفة جعلته مطابقاً لما استقر عليه ، وأصبح رقمه ٢٥١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٣٦ — ص ٦٣٨) .

م ٢٤٥ : ورد هذا النص في المادة ٣٢٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ — يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، ولا أثر للعقد الظاهر فيما بينهم . ٢ — إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد الحقيقي هو الصحيح مادام قد استوفى شروط صحته " . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى ، واكتفي بالفقرة الثانية بعد تعديلها على وجه جعلها مطابقة لما استقر عليه النص في التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢٥٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٣٩ و ص ٦٤٦ — ص ٦٤٧) .

(٢) على أن التقنين المدني السابق اشتمل على نص خاص بالهبة المستترة في صورة عقد آخر ، وهذا ضرب من ضروب الصورية كما قدمنا ، فنصت المادة ٤٨/٧٠ من هذا التقنين على أن " تنتقل الملكية في الأموال الموهوبة ، منقولة كانت أو ثابتة ، بمجرد الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له ، إنما إذا كان العقد المشتمل على الهبة ليس موصوفاً بصفة عقد آخر ، فلا تصح الهبة ولا القبول إلا إذا كان حاصلين بعقد رسمي ، وإلا كانت الهبة لاغية " . وقد تضمنت الفقرة الأولى من المادة ٤٨٨ من التقنين المدني الجديد هذا الحكم على الوجه الآتي : " تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر " .

أنظر في اقتضاب التقنين المدني السابق في موضوع الصورية نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥٢ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٤٥ — ٢٤٦ : (مطابقتان لنصوص التقنين المصري) .

التقنين المدني العراقي م ١٤٧ — ١٤٨ : (مطابقتان لنص المشروع التمهيدي ، ولأحكام التقنين المصري) .

م ١٤٩ : لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو . (والسبب في ذلك أن نظام التسجيل العراقي هو نظام السجل العقاري (Livre Foncier) ، وجهة التسجيل هناك تسمى الطابو في اللغة التركية ، ومتى سجل العقد انتقل الحق العيني بقوة التسجيل ، فلم يعد هناك محل للطعن في العقد بالصورية) .

ويتبين من هذه النصوص أن أحكام الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام تختلف عن أحكامها بالنسبة إلى الغير أي الدائنين والخلف الخاص . فنبحث : (١) أحكام الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام (٢) أحكام الصورية بالنسبة إلى الغير (٣) الصورية من حيث الدعوى وطرق الإثبات .

المبحث الأول

أحكام الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام

٦١٨ — العقد الظاهر لا وجود له : رأينا أن المادة ٢٤٥ من التقنين المصري تقضي بأنه : " إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي " . ويترتب على ذلك أن العقد الظاهر ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، لا وجود له ، فلا يعمل به . وهذا ما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة ، ذلك أن المتعاقدين إنما أرادا العقد المستتر لا العقد الظاهر ، فوجب أن يلتزما بما أراداه لا بما لم يريداه [1] .

ومن ثم إذا باع شخص عيناً من آخر بيعاً صورياً واحتفظ بورقة الضد ، ففيما بين البائع والمشترى لا وجود للبيع . ويبقى البائع مالكاً للعين ، وله حق التصرف فيها ،

= التقنين المدني الليبي م ٢٤٧ — ٢٤٨ : (مطابقتان لنصوص التقنين المصري) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٦٠ : إن الأوراق السرية التي يراد بها تعديل سند رسمي أو سند ذي توقيع خاص لا يسرى مفعولها إلا بين المتعاقدين وخلفائهم العموميين .

م ١٦١ : إن دائني المتعاقدين وخلفائهم الخصوصيين الذي أنشئ السند الظاهري احتيالا للإضرار بهم ، يحق لهم أن يقيموا دعوى إعلان التواطؤ وأن يثبتوه بجميع طرق الإثبات .

(والأحكام لا تختلف عما هو عليه في التقنين المصري ، وإن اختلفت العبارة : أنظر الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٦٨ ص ٧١) .

(١) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٦ — ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٣ — أول فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٥ — ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٤٦ — شبين الكوم الكلية ١١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٩ ص ٦٤٦ — وقد حاولت بعض محاكم فرنسا الاستئنافية أن تجعل العقد الظاهر هو الذي يسرى في العلاقة فيما بين المتعاقدين على أساس القاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز للشخص أن يتمسك بالغش الصادر منه (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans) ، ولكن هذا الرأي لم يسد ، وقد قدمنا أن المتعاقدين في الصورية لا يغش أحدهما الآخر حتى لا يجوز له أن يتمسك بغشه ، بل الاثنان متواطئان معاً على الصورية .

أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٤٦

ويستطيع أن يبيعها بيعاً جدياً بعد ذلك إلى مشتر ثان والمشترى الثاني هو الذي تنتقل إليه الملكية ، وليس للمشترى الصوري الأول أن يحتج بعقد البيع الصوري على المشترى الثاني ولو سجل البيع الصوري قبل تسجيل البيع الجدي . كذلك إذا مات البائع ، فالعين الباقية في ملكه تنتقل بالميراث إلى وارثه الخلف العام ، إذ العبرة بالنسبة إلى الخلف العام بالعقد الحقيقي أيضاً لا بالعقد الصوري [1] [1] .

وعلى النقيض من ذلك لا يكون المشترى الصوري مالكاً للعين [2] . وكذلك وارثه لا تنتقل إليه ملكية العين بالميراث ، إذا مات المشترى الصوري [3] .

---

(١) الأستاذ سليمان مرقس في الإثبات فقرة ٢٠٩ ص ٣٨٩ – استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ – ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ – ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ .

(1) أ – الوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان ظاهره بيعاً منجزاً إلا أنه في حقيقته يخفي وصية إضراراً بحقه في الميراث أو أنه صدر في مرض موت المورث فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث التي تعتبر من النظام العام ، أما إذا كان مبنى الطعن في العقد أنه صوري صورية مطلقة وأن علة تلك الصورية ليست هي الاحتيال على قواعد الإرث ، فإن الوارث في الطعن في التصرف في هذه الحالة إنما يستمده من مورثه لا من القانون ، ومن ثم لا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات .

(جلسة ١٩٧٦/٦/٢٢ الطعن رقم ٧٢٩ لسنة ٤١ ق س ٢٧ ص ١٣٩١) .

ونفس المبدأ (جلسة ١٩٦٧/٢/٢٣ الطعن رقم ٧٥ لسنة ٣٣ ق س ١٨ ص ٤٧٨) .

(جلسة ١٩٨١/٥/١٤ الطعن رقم ٤٥ لسنة ٤٨ ق س ٣٢ ص ١٤٧٠) .

(جلسة ١٩٨٤/٥/١٦ الطعن رقم ١٠٢٧ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١٣٢٠) .

ب – لا مجال لأعمال الأسبقية في تسجيل صحيفتي دعوى صحة التعاقد إذا كان أحد العقدين صورياً صورية مطلقة ، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن عقد الطاعن صوري صورية مطلقة ، فإنه لا يكون ثمة محل للمفاضلة بينه وبين عقد المتدخلين استناداً إلى أسبقية تسجيل صحيفة دعوى صحة عقد الطاعن .

(جلسة ١٩٧٠/٥/٢١ الطعن رقم ١٥٢ لسنة ٣٦ ق س ٢١ ص ٨٨٦) .

(٢) ولكنه إذا تصرف فيها فانتقلت إلى خلف خاص ، كان الخلف الخاص من الغير واستطاع أن يحتج بالعقد الصوري كما سرى . ومن ثم أمكن الأستاذ فلاتيه (Flattet) في كتابة " العقود لحساب الغير " أن يعتبر البائع والمشترى الصوريين شريكين في حق واحد (cotitulaires du droit) (فلاتيه في العقود لحساب الغير فقرة ١٢٠ – فقرة ١٣٣) .

(٣) هذا ما لم يكن الوارث قد اشترى العين من مورثه قبل موته بعقد جدي وهو حسن النية ، فيصبح الوارث هنا من الغير وتنتقل إليه الملكية بالبيع لا بالميراث ، ولا يحتج عليه بالعقد المستتر مادام لا يعلم به (استئناف مصر ٩ مارس سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٤ ص ١٣) . وإذا طعن الوارث بالصورية في تصرف صدر من مورثه إضراراً بحقوقه في الإرث ، فإنه لا يصبح غيراً ، ولكن له في هذه الحالة أن يثبت الصورية بجميع الطرق لوجود تحايل على القانون ، وسيأتي بيان ذلك

ولكن إذا لم يكن للعقد الصوري وجود كتصرف قانوني فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، فإن له مع ذلك وجوداً مادياً قد يترتب عليه أثر قانوني . فالتصرف الصوري الصادر من الموصى له في العين الموصى بها يعتبر قبولاً ضمنياً للوصية ، وكذلك التصرف الصوري الصادر من الوارث في عين من أعيان التركة يعتبر قبولاً للميراث في القانون الفرنسي [1] .

٦١٩ – والعبرة بالعقد الحقيقي

: فالذي يعتد به إذن ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، كما يقول صريح النص في المادة ٢٤٥ مدني ، إنما هو العقد الحقيقي . وقد رأينا في المثل السابق أننا اعتددنا بورقة الضد ، وهي التي تعبر عن الموقف الحقيقي ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام . فالبائع الصوري يبقى مالكاً للعين وتنتقل منه الملكية إلى وارثه ، والمشترى الصوري لا تنتقل إليه ملكية العين ومن ثم لا تنتقل منه هذه الملكية إلى وارثه .

ولما كانت الصورية كثيرا ما تستعمل لخديعة الغير وللتحايل على القانون ، فقد كانت تختلط بالغش ، وكان كلا العقدين الظاهر والمستتر يعتبر باطلا . ولم يميز القضاء الفرنسي بين الغش والصورية إلا في النصف الثاني من القرن التاسع عشر [2] ، فاقتصر في الصورية على منع تحقيق الأغراض غير المشروعة التي يراد الوصول إليها من طريق الصورية ، واكتفى بذلك دون أن يجاوزه إلى إبطال العقد الحقيقي الذي قصد إليه المتعاقدان . وهذا هو ما تقضي به المادة ١٣٢١ من التقنين المدني الفرنسي ، إذ تنص على أن " العقود المستترة لا تنتج أثرها إلا فيما بين المتعاقدين ، ولا يكون لها أثر ضد الغير [3] " . وهو ما استقر عليه

---

(١) ديموج ١ ص ٢٦٢ – ص ٢٦٣

(٢) ديموج ١ ص ٢٥٩ هامش رقم ٣ .

(٣) هذا هو النص المقتضب الذي تضمنه التقنين المدني الفرنسي في الصورية ، وقد ورد في مكان غير مناسب هو باب إثبات الالتزام . وقد تضمنت التقنينات الحديثة نصوصاً عامة في الصورية . فقضت المادة ١١٧ من التقنين المدني الألماني بجعل العقد الحقيقي هو الذي يسري دون العقد الظاهر ، حتى بالنسبة إلى الغير . أما تقنين الالتزامات السويسري (م ١٨ فقرة ٢) فقد قضى ، على العكس من ذلك، بسريان العقد الظاهر . وجاءت نصوص المشروع الفرنسي الإيطالي أحكم من نصوص التقنينين المتقدمين وأكثر استيعابا للموضوع، فنصت المادة ٤٩ من هذا المشروع على أنه " في حالة الصورية لا ينتج العقد الظاهر أثراً فيما بين المتعاقدين، وإذا قصد المتعاقدان ، باتخاذهما شكل عقد معين ، أن يبرما عقداً آخر ، فهذا العقد الأخير يكون صحيحاً إذا توافرت فيه كل الشروط الموضوعية اللازمة لصحته ، ويجوز لدائني المتعاقدين وللغير أن يتمسكوا بالعقد الظاهر إذا كانوا حسني النية ، ويجوز لهم أيضاً أن يثبتوا الصورية التي وقعت ضارة بهم ، ويجوز إثبات الصورية بكل الطرق حتى فيما بين المتعاقدين " . ونصت المادة ٥٠ على أن " العقود المستترة التي لم يقرر القانون بطلانها تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام، ولا يجوز التمسك بها على من لم يكن طرفاً فيها، ولكن هؤلاء لهم أن يتمسكوا بها " . ويلاحظ أن المشروع الفرنسي الإيطالي لم يخرج على القواعد العامة في أحكام الصورية إلا في مسألة واحدة ، وهي إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين ، فقد أجاز هذا الإثبات بجميع الطرق .

الفقه والقضاء في فرنسا [1] ، وما استقر عليه الفقه والقضاء في مصر [2] حتى في عهد التقنين المدني السابق الذي لم يشتمل على النصوص التي اشتمل عليها التقنين المدني الجديد ، وذلك لاتفاق هذه الأحكام مع القواعد العامة ، وقد قنن القضاء المصري كما قدمنا في المادتين ٢٤٤ و ٢٤٥ من التقنين المدني الجديد .

٦٢٠ – وجوب إثبات العقد الحقيقي والشروط الواجب توافرها فيه :

وأي من الطرفين يريد أن يتمسك بالعقد المستتر في مواجهة العقد الظاهر يجب عليه أن يثبت وجود العقد المستتر الذي يريد التمسك به ، وفقاً لقواعد الإثبات التي سنبينها فيما يلي [1] . أما إذا لم يستطع أن يثبت أن هناك عقداً مستتراً ، فالعقد الظاهر هو الذي يعمل به ، ويعتبر عقداً جدياً لا صورياً [3] .

(١) ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٧٠ – أوبري ورو ١ فقرة ٣٥ – بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٠٠ – ديموج ١ فقرة ١٦٠ و ٧ فقرة ١١٤٣ – بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٣٣٥ – نقض فرنسي ٦ مارس سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤ – ١ – ١١ – ٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ – ١ – ٢٧ – ٢ مارس سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ – ١ – ٦١٥ – ١٢ مارس سنة ١٩١٨ سيريه ١٩٢٠ – ١ – ٧١ .

(٢) دي هلتس ١ لفظ (acte) فقرة ١٠٢ – والتون ٢ ص ١٣٢ – ١٣٣ – الأستاذ محمد صالح في الالتزامات فقرة ٣١٥ – مذكرات الأستاذ محمد صادق فهمي فقرة ٥٤٢ ، وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الدعوى بصورية عقد لا تكفي للحكم ببطلانه ، وإنما يجب بيان العلة التي من أجلها تحرر العقد الصوري ، لأن الصورية وحدها لا تقتضي بطلان العقد ، وإنما يبطل إذا كان الغرض من الصورية مخالفة القوانين (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧) . وقضت محكمة النقض بأن ورقة الضد غير المسجلة يجوز الاحتجاج بها على طرفيها ولو كانت في صيغة تفاسخ ، كما أنه يصح أن يواجه بها الغير ولو كانت غير مسجلة متى ثبت علمه بها (نقض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض رقم ١٣ ص ٤٨) . أنظر أيضاً : استئناف أهلي ٢٧ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ – استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ – استئناف مختلط ٥ يونية سنة ١٨٩٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٤ ص ٣٧٦ – ١٥ مارس سنة ١٨٨٨ بوريللي بك م ٢٩٣ رقم ٥ – ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ – ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٣ – ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥ – ٤ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٣٥ – ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٦ – ٢٧ مارس ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ – ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٣ – أول فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٥ – ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ – ٢٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٣ – ٧ مارس ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٢٣ – ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٥ – ٩ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٨٣ .

(1) متى كان الأساس الذي أقيم عليه الإدعاء ببطلان سند الدين لصدوره من المورث بقصد الاحتيال على أحكام الميراث هو أن الدين صوري لا حقيقة له ، فلا وجه للاعتراض على الحكم إذا هو انصرف إلى وجه الحقيقة في شأن الصورية المدعى بها ، وإذا كان الحكم قد انتهى بعد هذا التحري إلى أن الدين حقيقي وليس صورياً ، فإنه بذلك يكون قد نفى أن السند إنما حرر بقصد الاحتيال على أحكام المواريث . (جلسة ١٩٤٨/٥/١٣ الطعن رقم ٥٣ لسنة ١٧ ق) .

(٣) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٧٥ – ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٢ .

فإذا ما ثبت وجود العقد المستتر ، وجب أن تتوافر في هذا العقد ، حتى يسرى فيما بين المتعاقدين ، جميع الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون [1] . فعقد الهبة المستتر في صورة البيع مثلا يجب أن يصدر من ذي أهلية للهبة ، وأن تتوافر فيه أركان الهبة الموضوعية وشروط صحتها [2] . فإذا توافر كل ذلك ، أجريت على العقد أحكام الهبة لا أحكام البيع ، فيجوز الرجوع فيه إلا لمانع ، ويحسب من نصيب الموهوب له في الميراث في القانون الفرنسي [3] ، ويعتبر تبرعاً لا معاوضة من حيث الدعوى البولصية [4] .

(١) بلانيول وريبير وأسمان ٦ ص ٤٦٢ هامش رقم ١ – أوبري ورو طبعة سادسة ١ فقرة ٣٥ ص ٢٢٥ – كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٩٠ – فقرة ١٩١ .

(٢) ويجب أن يكون العقد المستتر مباحاً ، فإن كان غير مباح كان باطلا ، حتى لو ستره عقد مباح . مثل ذلك ما تقضي به المادة ٩١١ من التقنين المدني الفرنسي من أن الهبة لشخص غير أهل لقبولها تكون باطلة ولو كانت مستترة . بل قد يبيح القانون العقد الظاهر في نفسه والعقد المستتر في نفسه ، ولكن لا يبيح أن يجتمع العقدان ليستر الأول منهما الثاني . مثل ذلك ما كانت المادة ٤٢٢/٣٣٩ من التقنين المدني السابق (معدلة بالقانونين رقم ٤٩ و ٥٠ لسنة ١٩٢٣) تقضي به من أنه إذا كان الشرط الوفائي مقصوداً به إخفاء رهن عقاري ، فإن العقد يعتبر باطلا لا أثر له ، سواء بصفته بيعاً أو رهناً . ففي هذا الفرض كان البيع الوفائي مباحاً في ذاته ، وإذا وقع ذلك كان كل من رهن الحيازة والبيع الوفائي باطلا لاعتبارات ترجع إلى النظام العام . أنظر في بطلان العقد المستتر والعقد الصوري للسبب غير المشروع : بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٧٨ . وفي قضية أخذت محكمة الاستئناف المختلطة المتعاقدين – لا الغير – بالعقد الصوري لا بالعقد الحقيقي جزاء لهما على الغش ، فقضت بأن المشترى لا يجوز له رفض ما يعرضه الشفيع من الثمن الوارد في العقد بدعوى أنه أقل من الثمن الحقيقي . إذا ثبت أن المشترى والبائع قد اتفقا على ذلك حتى ينقصا من قيمة الرسوم التي يجب دفعها للخزانة ، ومن جهة أخرى لا يجوز للبائع في هذه الحالة أن يرجع على المشترى بالفرق في الثمن (٢٢ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) . ويلاحظ في هذه القضية أن المحكمة قد أوقعت عقوبة على البائع جزاء غشه للخزانة دون نص يخول لها ذلك ، فالبائع قد اضطر إلى قبول ثمن أقل مما باع به مع أن العقد الحقيقي هو الذي يجب أن يسرى في علاقته بالشفيع ، إذ الشفيع لا يعتبر من الغير حتى يخير بين العقد الظاهر والعقد الحقيقي ، وإن كانت محكمة النقض اعتبرته من الغير في قضية مماثلة . وسنعود إلى هذه المسألة (أنظر الفقرة التالية) .

(٣) كذلك يجب إنقاص الهبة (réduction) حتى تصل إلى الحد المسموح به ((quotité disponible بالنسبة إلى الورثة إذا كانت الهبة لوارث في القانون الفرنسي ، ويلاحظ أن هذه الأحكام – إنقاص الهبة وحسابها من نصيب الوارث – تسرى في علاقة الموهوب له بالورثة ، وهؤلاء يعتبرون من الغير في مثل هذه الحالة (نظرية العقد للمؤلف ص ٨٣٧ هامش رقم ٣) .

(٤) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٧٣ – فلا يشترط في القانونين المصري والفرنسي أن يثبت ذات الشخص الذي صدرت منه هبة في صورة بيع سوء نية الموهوب له ، ولا يشترط في القانون المصري إثبات سوء نية الواهب نفسه .

أما من حيث التشكل ، فلا يشترط في العقد المستتر أن تتوافر فيه الشكلية التي قد يتطلبها القانون لو لم تكن هناك صورية . فالهبة – ولو كانت هبة منقول [(١)] – في صورة بيع لا تشترط فيها ورقة رسمية (أنظر المادة ٤٨٨ فقرة أولى مدني) ، ويكفي أن يكون العقد الظاهر بيعاً في شكله وفي موضوعه [(٢)] . وإذا أفرغ العقد الظاهر في ورقة رسمية ، فإنه يجوز مع ذلك أن يحتوى العقد المستتر سند عرفي [(٣)] .

المبحث الثاني

أحكام الصورية بالنسبة إلى الغير

٦٢١ – تحديد من هو الغير في الصورية : قدمنا أن يجب التمييز في الصورية بين المتعاقدين والغير . والغير في الصورية يحتاج إلى التحديد ، فقد رأينا أن الغيرية تختلف باختلاف الوضع القانوني الذي تواجهه ، فالغير في الصورية يختلف عن الغير في أثر العقد : وعن الغير في التسجيل ، وعن الغير في القيد ، وعن الغير في التاريخ الثابت ، وعن الغير في حجية الحكم .

(١) نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٦ فقرة ٥٧٣ .

(٢) بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٧٣ – نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١ ص ٤٧ – فيجب إذن توافر الشروط الشكلية والموضوعية في العقد الظاهر . وعلى هذا الرأي سارت محكمة الاستئناف الأهلية في دوائرها المجتمعة فيما يتعلق بالهبة المستترة في صورة البيع ، فيشترط أن يكون البيع الصوري بيعاً كاملاً في مظهره ومن حيث استكماله بشروط الموضوعية ، فإذا نص على هبة الثمن بطل العقد حتى فيما بين المتعاقدين (أول مايو سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٤٢ ص ٦٨) . وقد كان القضاء المختلط يميل إلى جواز أن ينص على هبة الثمن (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٩٧ – ١١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٨٦ – ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٥٥ – ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٦) . قارن الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٤٦ . وهذه مسألة مختلف فيها في فرنسا ، فرأي يشترط توافر الشروط الموضوعية (نقض فرنسي ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٣ – ١ – ٤١٣ – ٢٢ أبريل سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٤ – ١ – ١٩٣) ، ورأي لا يشترط (نقض فرنسي ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٤ – ١ – ٣٨٨) ، وأنظر في هذه المسألة ديموج ١ فقرة ١٦٧ ص ٢٧٠ – ص ٢٧٢ . وإذا أبرم وصي عقداً صوريا عن القاصر مما يجب فيه إذن محكمة الولاية على المال ، فالعقد الصوري لا يكون له أثر بالنسبة إلى الغير إلا إذا اشتمل على إذن محكمة الولاية على المال ، والعقد المستتر فلا يجب الحصول فيه على الإذن لكي يكون صحيحاً فيما بين المتعاقدين ، ما لم يقتصر على تقرير صورية العقد الظاهر (أنظر في هذا المعنى بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٧٤) .

(٣) استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٧٧ – دي باج ٢ فقرة ٦٢٨ .

والوضع القانوني في الصورية الذي يكون أساساً في تحديد معنى " الغير " يتلخص في وجوب حماية كل من اعتمد على العقد الصوري واطمأن إليه ، معتقداً بحسن نية أنه عقد حقيقي فبنى عليه تعامله [(١)] . فاستقرار التعامل يقضي في هذه الحالة – كما تقضي العدالة – أن يعتبر العقد الصوري بالنسبة إليه عقداً قائماً ينتج أثره إذا كانت له مصلحة في ذلك [(٢)] [(1)] . وهذا الأساس في تحديد معنى " الغير " في الصورية يقتضي أن يكون " غيراً " الفريقان الآتيان :

(أولا) كل من كسب حقاً عينياً من أحد المتعاقدين على الشيء محل التصرف الصوري ، سواء كان هذا الحق سابقاً للتصرف الصوري أو تالياً له [(٣)] .

فلو باع شخص داراً من آخر بيعاً صورياً ، فكل من كسب حقاً عينياً على هذه الدار ، قبل التصرف الصوري أو بعده ، من البائع أو المشترى ، يعتبر من الغير في البيع الصوري الذي تم . مثل من يكسب الحق العيني من البائع قبل التصرف الصوري دائن مرتهن يرهن له البائع الدار ثم يبيعها بعد ذلك بيعاً صورياً ، ومثل من يكسب الحق العيني من البائع بعد التصرف الصوري مشتر ثان يبيع منه الدار مرة أخرى بيعاً جدياً بعد أن باعها بيعاً صورياً . فكل من الدائن والمرتهن والمشترى بعقد جدي يعتبر غيراً بالنسبة إلى البيع الصوري، ومن حقه أن يطعن في هذا البيع بالصورية على النحو الذي سنبينه ، حتى يسلم له حقه

(١) استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٨٨ .

(٢) قارن الأستاذ سليمان مرقس في الإثبات فقرة ٢٠٩ .

(1) مؤدى عموم نص المادة ٢٤٤ من القانون المدني أن المناط في جواز تمسك الغير بالعقد الظاهر الصوري هو حسن نيته ، ولا يعتد في ذلك بالباعث على الصورية – سواء أكان مشروعاً أو غير مشروع – وعلة ذلك أن إجازة التمسك بالعقد الظاهر استثناء وارد على خلاف الأصل الذي يقضي بسريان العقد الحقيقي الذي أراده المتعاقدان ، وقد شرع هذا الاستثناء لحماية الغير الذي كان يجهل وجود هذا العقد والمخدوع بالعقد الظاهر فاطمأن إليه وبنى عليه تعامله على اعتقاد منه بأنه عقد حقيقي .

(جلسة ١٩٦٥/١٢/٣٠ الطعن رقم ٢٤٤ لسنة ٣١ ق س ١٦ ص ١٣٨٥) .

ونفس المبدأ (جلسة ١٩٧١/٤/٢٢ الطعن رقم ٤٨٥ لسنة ٣٦ ق س ٢٢ ص ٥٥٣) .

(جلسة ١٩٨٣/١١/١٠ الطعن رقم ٦٢٥ لسنة ٤٦ ق) .

(جلسة ١٩٨٤/٦/٧ الطعن رقم ١٤٤٧ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١٥٦٤) .

(٣) استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ – قارن : نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمي ، ويشترط هذا الحكم خطأ أن يكون عقد الخلف الخاص سابقاً على التصرف الصوري (أنظر الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ١٧٥ هامش رقم ٢) .

الذي كسبه من البائع [1] . ومثل من يكسب الحق العيني من المشتري بعد صدور التصرف الصوري له مشتر ثان يبيع منه المشتري الصوري الدار بيعاً جدياً بعد أن اشتراها بعقد صوري ، أو دائن مرتهن يرهن له المشتري الصوري الدار . فكل من المشتري بعقد جدي والدائن المرتهن يعتبر غيراً بالنسبة إلى البيع الصوري [1] ، ومن حقه أن يتمسك بهذا البيع على النحو الذي سنبينه ، حتى يسلم له حقه الذي كسبه من المشتري [2] . ويستوي أن يكون الشيء محل التصرف الصوري عيناً أو ديناً [3] .

(١) ويلاحظ أن الدائن الذي ارتهن الدار من البائع قبل صدور التصرف الصوري يندر أن تكون له مصلحة في الطعن بالصورية ، لأن حق رهنه محفوظ حتى لو كان البيع الصوري جدياً . ومع ذلك يتفق أن تكون له مصلحة ، كما إذا لم يكن قد قيد الرهن قبل التصرف الصوري ، فله مصلحة في إسقاط البيع الصوري حتى يستطيع أن يقيد رهنه . وحتى إذا كان قد قيد رهنه قبل صدور البيع الصوري ، فتبقى له مع ذلك مصلحة في التمسك بصورية البيع حتى لا يتتبع العقار في يد المشتري فيتحمل إجراءات التطهير . وفي بعض القضايا التي عرضت على محكمة الاستئناف المختلطة تبين أن الدائن المرتهن الذي قيد رهنه قبل التصرف الصوري الصادر من مدينه له مصلحة في الطعن بالصورية ، فإنه كان قد اتخذ إجراءات نزع ملكية العقار المرهون في مواجهة المدين وحده دون الحائز ، فطعن في تصرف المدين بالصورية حتى لا يحكم ببطلان هذه الإجراءات (٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ – أنظر أيضاً : استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٦٩ – ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٩٧) .

(1) اعتبار المشترى من الغير بالنسبة للتصرف الصادر من البائع إلى مشتر آخر . مؤداه له إثبات صورية هذا التصرف بكافة طرق الإثبات .

(جلسة ٢٠٠١/٥/٢٢ الطعن رقم ٩٧٩٦ لسنة ٦٤ ق) .

ونفس المبدأ (جلسة ١٩٩١/٣/٥ الطعن رقم ٣٤٦ لسنة ٥٨ ق) .

(جلسة ١٩٨٦/٣/٣٠ الطعن رقم ٢١١٨ لسنة ٥٢ ق) .

(جلسة ١٩٨٦/٢/١٩ الطعن رقم ١٢٢٤ لسنة ٥٥ق) .

(٢) ويترتب على ذلك أن لا يجوز للبائع أن يتمسك على الدائن المرتهن للعقار المبيع ، إذا كان هذا الأخير كسب حق الرهن من المشتري ، بسند مستتر جاء فيه أن المشتري لم يدفع الثمن خلافاً لما ورد في عقد البيع (استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٣) ، ولا يجوز أيضاً التمسك بذلك قبل المشتري من المشتري (استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣٩ ص ٣١٧) .

(٣) وقد يكون الشيء محل التصرف الصوري هو دين صوري عقده المدين ، فيعتبر من الغير في هذا الدين الصوري من كسب حقاً عينياً على هذا الدين . فإذا حول الدائن في هذا الدين الصوري الدين إلى محال له يجهل صوريته ، كان المحال له غيراً ، ولا يستطيع المدين في الدين الصوري أن يتمسك قبله بصورية الدين ، ولا يعتبر كما سنرى أن يتمسك بالعقد الصوري إذا كانت له مصلحة في ذلك (بني سويف ٦ أكتوبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٧ ص ١٧٢ – استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ – ٢٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٣٥ – ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٠٩ – ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٥٩) . وقد يكون الدين حقيقياً غير صوري ، ويحوله الدائن حوالة صورية ، فيكون طرفا الصورية في هذه الحالة هما الدائن المحيل والمحال له . أما المدين المحال عليه فهو ليس بطرف في الحوالة الصورية، ولكنه لا يعتبر غيراً فيها ، إذ هو ليس بدائن ولا بخلف خاص لأي من طرفي الصورية (أنظر –

ويلاحظ أن هذا الفريق الأول ليس إلا الخلف الخاص لأحد المتعاقدين في البيع الصوري : خلفاً خاصاً للبائع أو خلفاً خاصاً للمشتري .

ويلاحظ أيضاً أن هذا الخلف الخاص قد كسب حقه من البائع أو من المشتري بسبب يغاير التصرف الصوري الصادر من البائع إلى المشتري . فالدائن المرتهن من البائع كسب حقه بعقد الرهن وهو غير البيع الصوري ، والمشتري بعقد جدي من البائع كسب حقه بعقد البيع الجدي وهو غير البيع الصوري ، وكذلك الحال بالنسبة إلى كل من المشتري بعقد جدي من المشتري والدائن الذي ارتهن من المشتري الدار . ويترتب على ذلك أنه لا يعتبر غيراً من كسب حقه على العين محل التصرف الصوري بموجب هذا التصرف الصوري نفسه. فلو باع شخص داراً من آخر بعقد ذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي لتخفف من رسوم التسجيل ، فإن الشفيع في هذه الدار لا يعتبر غيراً بالنسبة إلى هذا البيع ، ولا يحق له أن يتمسك بالثمن المذكور في العقد للأخذ بالشفعة ، بل يجب أن يدفع الثمن الحقيقي إذا أثبته أي من البائع أو المشتري . ذلك أن الشفيع إنما كسب حقه بالشفعة ، والشفعة سبب يدخل فيه نفس البيع الذي ذكر فيه الثمن الصوري [1] ، فيكون قد كسب حقه بموجب العقد الصوري ، فلا يعتبر غيراً في هذا العقد.. هذا إلى أنه من الواضح أن الشفيع قد حل محل المشتري في البيع ، فهو إذن ليس بخلف خاص للمشتري إذ لم يتلق منه الملكية ، وهو في الوقت ذاته بعد أن حل محل المشتري قد أصبح طرفاً من البائع في نفس العقد الصوري فلا يصح أن يكون خلفاً خاصاً للبائع [2] [1] .

= الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٤٩ وقارن الأستاذ إسمعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٢٨). فإذا دفع الدين للمحال له معتقداً بحسن نية أن الحوالة جدية ، كان الدفع صحيحاً مبرئاً لذمته ، لا لأنه من الغير في الحوالة ومن حقه أن يتمسك بالعقد الصوري ، بل لأنه دفع الدين إلى الدائن الظاهر بحسن نية . وإذا كان الدين المحال به حوالة صورية ديناً متنازعاً فيه ، وأراد المدين أن يتخلص منه بدفعه الثمن والمصروفات ، وعارض المحيل أو المحال له في ذلك متمسكاً بأن الحوالة صورية ، فيبدو لنا أن المدين لا يحق له التخلص من الدين بدفعه الثمن والمصروفات لأنه ليس من الغير حتى يحق له التمسك بالعقد الصوري (قارن نظرية العقد ص ٨٣٣ هامش رقم ١ حيث أوردنا رأياً وأحكاماً بعكس ذلك) .

(١) وقد سبق أن بينا أن الشفعة واقعة مركبة (fait complexe) ، اقترن فيها بيع العين المشفوعة مع الشيوع أو الجوار ، وهذه واقعة مادية ، بإعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، وهذا تصرف قانوني (الوسيط الجزء الأول ص ١٣٢ هامش رقم ٢) . فيدخل إذن في تركيب الشفعة ، كسبب لكسب الملكية ، البيع الذي يأخذ فيه الشفيع بالشفعة ، ويعتبر هذا البيع بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية كما سبق القول .

(٢) ومع ذلك فقد جرى قضاء محكمة النقض على عكس هذا الرأي الذي نقول به . فقد قضت بأن الشفيع ، بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة ، يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة ، ومن ثم لا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى للمطعون عليهم الأول بالشفعة مقابل الثمن الوارد بالعقد المسجل الصادر من الشركة البائعة إلى الطاعنين – ويقول الطاعنون إن =

– بيوعاً متعاقبة توسطت بينهم وبين الشركة بأثمان أعلى ولكن لما كانت هذه البيوع عقوداً عرفية لم تسجل فقد آثروا أن يصدر البيع رأساً من الشركة إليهم بثمن صوري هو الثمن الذي تقاضته الشركة في الحال – قد نعى بأدلة مسوغة علم المطعون عليها الأولى بأن الثمن الحقيقي يختلف عن الثمن الوارد بالعقد ، فإن النعي عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١) . وقد رأينا أن محكمة الاستئناف المختلطة (أنظر آنفاً فقرة ٦٢٠ في الهامش) قد قضت بأن المشترى لا يجوز له رفض ما يعرضه الشفيع من الثمن الوارد في العقد بدعوى أنه أقل من الثمن الحقيقي إذا ثبت أن المشترى والبائع قد اتفقا على ذلك حتى ينقصا من قيمة الرسوم التي يجب دفعها للخزانة ، ومن جهة أخرى لا يجوز للبائع في هذه الحالة أن يرجع على المشترى بالفرق في الثمن (٢٢ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) . وقد أوردنا هذا الحكم في كتاب "نظرية العقد" (ص ٨٣٥ هامش رقم ٤)، وقلنا هناك إن المحكمة جعلت العقد الصوري هو الذي يسري فيما بين المتعاقدين عقاباً لهما على الغش في حق الخزانة ، والعقوبة لا تكون إلا بنص (أنظر أيضاً آنفاً فقرة ٦٢٠ في الهامش) . ونقول هنا ، بالإضافة إلى ما تقدم ، إن الشفيع لا يعتبر من الغير حتى يجوز له أن يتمسك بالعقد الظاهر .

ويؤيد الأستاذ إسماعيل غانم المبدأ الذي أخذت به محكمة النقض ، ويعتبر الشفيع غيراً له أن يأخذ بالثمن الوارد في عقد البيع ولو كان أقل من الثمن الحقيقي ، ويقول إن القول بغير هذا " يؤدي إلى نتيجة غير عادلة وهي سقوط الحق في الأخذ بالشفعة إذا كان الشفيع قد أودع الثمن الظاهر وفات ميعاد الثلاثين يوماً دون أن يعلم بالثمن الحقيقي " (أحكام الالتزام فقرة ١٣٠ ص ١٧٧ وهامش رقم ١) . ولكن هذا الاعتراض يسهل دفعه ، فإن الشفيع لا يلزمه أن يودع الثمن الوارد في العقد مادام لا يعلم بالثمن الحقيقي ، فإذا ثبت أن الحقيقي أكبر من الثمن الوارد في العقد ، وجب عليه أن يبلغ ما أودعه إلى مقدار الثمن الحقيقي حتى بعد فوات ميعاد الثلاثين يوماً .

وللمبدأ الذي أخذت به محكمة النقض . ونقول بعكسه ، تطبيقات هامة أخرى . من ذلك أن الشفعة، وفقاً لهذا المبدأ ، تجوز في البيع الصوري وفي البيع الساتر لهبة ، إذ يأخذ الشفيع بالعقد الظاهر . وقد قضت محكمة النقض بأن الشفعة جائزة في الهبة المستترة في صورة البيع ، ذلك أن الشفيع ، بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة ، من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين ، البائع والمشترى ، فله أن يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، ومن ثم لا يجوز أن يحتاج بالعقد المستتر إلا إذا كان هذا العقد مسجلاً أو كان هو عالماً بصورية العقد الظاهر أو بوجود ورقة ضد (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦١ ص ١٠٦٣) – وقضت أيضاً بأن الشفيع من الغير ، فلا يحتج عليه بغير العقد الظاهر ، ومن ثم يكون له الأخذ بالشفعة اعتماداً على العقد الظاهر ، دون نظر إلى العقد المستتر (نقض مدني ٢٥ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠٤ ص ٦٣٥) . وقضت بأن من المقرر قانوناً أن ورقة الضد لا يحتج بها إلا فيما بين العاقدين ، وأن للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر ، وذلك سواء أكانت ورقة الضد ثابتة التاريخ أم كانت غير ثابتة مادامت هي لم تسجل . فمتى كان العقد صريحاً أنه بيع لا رهن ، فلا يجوز قانوناً التمسك قبل الشفيع – وهو من طبقة الغير بالنسبة إلى ذلك العقد – بأنه رهن لا بيع ، بناء على إقرار من البائع بذلك مقول أنه صار ثابت التاريخ بوفاة بعض الشهود الموقعين عليه (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦١ ص ٤٥٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة ، في هذا المعنى أيضاً ، بأنه لا يجوز التمسك على الشفيع بسند مستتر جاء فيه أن البيع ليس إلا ضماناً للمشترى لحق له في ذمة البائع ، حتى إذا دفع البائع الدين فسخ البيع (٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢) .

– ولا نرى ، في كل ما تقدم من التطبيقات ، أن الشفيع يعتبر غيراً في الصورية ، فليس له أن يأخذ بالشفعة في البيع الصوري ، ولا في البيع الساتر لهبة ، ولا في أي بيع يستر عقداً لا يجيز الأخذ بالشفعة. والأحكام التي اعتبرته غيراً لا تتمشى ، في رأينا ، مع منطق الغيرية في الصورية على النحو الذي أوضحناه (أنظر في هذا الرأي الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات فقرة ٥١٤ مكررة ب ، عكس ذلك الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٠ ص ١٧٧ وهامش رقم ٣) .

والظاهر من التحليل الذي قدمناه أن هناك طائفة – غير المتعاقدين والخلف العام – لا تدخل مع ذلك في طبقة الغير . فهذه يسري في حقها العقد الحقيقي ، لأن هذا هو مقتضى تطبيق القواعد العامة ، إذ سريان العقد الصوري إنما يكون استثناء على خلاف القواعد العامة وفي حق طبقة الغير دون غيرها . والشفيع يدخل في هذه الطائفة المشار إليها ، فيسري في حقه العقد الحقيقي لا العقد الصوري . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشفيع إذا أراد الأخذ بالشفعة من المشترى ، وباع المشترى العقار لمشتر ثان ، يستطيع أن يطعن في البيع الثاني بالصورية ، حتى يأخذ العقار من المشترى الأول بشروط البيع الأول، وقد تكون أصلح من شروط البيع الثاني (١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٢، وأنظر أيضاً استئناف أهلي ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٦٩ – وقارن : استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١) . وليس هذا معناه أن الشفيع ، إذ يطعن في البيع الثاني بالصورية ، يكون غيراً ، فهو ليس من طبقة الغير كما قدمنا ، بل يسري في حقه دائماً العقد الحقيقي دون العقد الصوري . وهو يتمسك بالبيع الأول لأنه البيع الحقيقي ، ويطعن بالصورية في البيع الثاني حتى يستبعد سريانه في حقه . ولو كان الشفيع غيراً ، لجاز له أن يتمسك بالبيع الصوري إذا كانت شروط هذا البيع أفضل له من شروط البيع الحقيقي ، ولكنه لا يستطيع ذلك في رأينا ، ولا يجوز له أن يأخذ الشفعة إلا على أساس البيع الحقيقي .

وهناك ، غير الشفيع ، أشخاص آخرون يدخلون في هذه الطائفة التي لا تعتبر من طبقة الغير ، فلا يسري في حقهم إلا العقد الحقيقي ، وليس لهم أن يتمسكوا بصورية العقد الظاهر . ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن الصورية في العقود يصح التمسك بها لكل ذي مصلحة ولو لم تكن بينه وبين العاقدين رابطة عقدية ، وعلى ذلك يجوز الطعن من مشترى العقار بصورية العقد الصادر ببيع العقار ذاته من بائع آخر إلى مشتر آخر (نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٣ ص ٣٨٢ – أنظر أيضاً : استئناف مختلط ٤ يونية سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٢٤) . ومن ذلك أيضاً ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أن يجوز للحائز ، ولو لم يثبت أنه مالك ، أن يدفع دعوى الاستحقاق بصورية البيع الصادر إلى مدعى الاستحقاق (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٦) . ومتى قامت قرائن قضائية تنفى الشك في جدية البيع ، ينتقل عبء الإثبات إلى من يتمسك بهذا البيع ، وعليه أن يثبت هو أن البيع غير صوري أو أن هذه القرائن القضائية لا دلالة لها (استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٦) وللخزانة العامة أن تتمسك بالصورية إذا تضمن العقد بياناً غير حقيقي للإضرار بها (استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢١٣) – على أن يجب التمسك بصورية العقد الظاهر أن تكون هناك مصلحة شخصية مباشرة لمن يطعن بالصورية في هذا العقد ، فلا يجوز لصاحب التمسك بصورية عقد يملك مرشح بموجبه النصاب القانوني (نقض فرنسي ١١ أبريل سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٢ – ١ – ٩٧ – ١٤ مارس سنة ١٩١١ سيريه ١٩١٢ – ١ – ٩٩ – ديموج ١ فقرة ٢٦٥) . ولكن يجوز لمرشح آخر ينافس المرشح الأول ، إذ أن هذا المرشح الآخر مصلحة شخصية مباشرة في الطعن بالصورية . قارن في كل ذلك الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٢٨ .

ويترتب على ذلك أيضاً أنه إذا كان عقد الاشتراط لمصلحة الغير ما بين المشترط والمتعهد عقداً صورياً ، فإنه يجوز للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالصورية حتى لو كان المنتفع حسن النية لا يعلم بصورية العقد . ذلك أن المنتفع لا يعتبر غيراً في هذه الصورية حتى يستطيع التمسك بالعقد الظاهر . فهو قد استمد حقه من هذا العقد ، وشرط الغير في الصورية كما قررنا ألا يكون حقه الذي تراد حمايته من الصورية مصدره العقد الصوري ذاته (١) .

(ثانياً) الدائنون الشخصيون (chirographaires) لكل من المتعـاقدين طـرفي الصورية (٢) .

فدائن المشتري في البيع الصوري يعتبر من الغير ، إذ أنه قد اطمأن إلى أن الشيء محل التصرف الصوري قد انتقل إلى المشتري ، فدخل في ضمانه العام ، وله في هذه الحالة أن يتمسك بالعقد الصوري . وكذلك دائن البائع في البيع الصوري يعتبر من الغير، ولكن لسبب آخر هو أن الشيء محل التصرف الصوري لم يخرج في الحقيقة من ملك البائع ، أي لم يخرج من الضمان العام للدائن ، فللدائن في هذه الحالة أن يتمسك بالعقد الحقيقي (٣) .

---

(1) أ – لئن كان الشفيع – بحكم كونه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة – يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة ، وبالتالي يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر ، فلا يحتج عليه بالعقد المستتر ، إلا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية بمعنى ألا يكون عالماً بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته في الأخذ بالشفعة ، فإذا انتفى عنه حسن النية بأن ثبت علمه بالعقد الحقيقي المستتر جاز للمتعاقدين الاحتجاج عليه بهذا العقد .
(جلسة ١٩٦٥/١٢/٣٠ الطعن رقم ٢٤٤ لسنة ٣١ ق س ١٦ ص ١٣٨٥) .

ب – الثمن الذي توجب المادة ٩٤٢ من القانون المدني على الشفيع إيداعه حتى لا يسقط حقه في الأخذ بالشفعة هو الثمن الذي حصل الاتفاق عليه بين البائع والمشتري وانعقد به البيع ، ولا يكون هذا الثمن دائماً هو الثمن المسمى في العقد ، إذ يحتمل أن يكون هذا الثمن غير حقيقي ، بقصد تعجيز الشفيع عن الأخذ بالشفعة . وللشفيع أن يطعن في هذا الثمن بالصورية وبأنه يزيد على الثمن الحقيقي ، وعندئذ يقع عليه عبء إثبات هذه الصورية وله أن يثبتها بطرق الإثبات القانونية كافة بحيث إن عجز عن إثباتها اعتبر أنه قد تخلف عن الإيداع المفروض عليه قانونا إذ كان المبلغ الذي أودعه يقل عن الثمن المسمى في العقد .
(جلسة ١٩٦٣/١٢/٥ الطعن رقم ٢٧ لسنة ٢٩ ق س ١٤ ص ١١٣١) .

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٣٨١ .

(٢) استئناف أهلي ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٧ ص ١٤ – ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٤٣ ص ٧٥ – استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٣ – ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٥ . أنظر مع ذلك : استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٧٩ .

(٣) فإذا حكم بصورية بيع سقط دين الثمن في علاقة الدائن الصوري بسائر الدائنين المحكوم لهم بالصورية ، وامتنعت مزاحمة هذا الدائن لهم في تقاضي دينه الصوري من ملك المدين المبطل التصرف فيه ، إلى أن –

ويتبين من ذلك أن الدائنين الشخصيين تارة يعتبرون من الغير في بعض أوضاع قانونية ، وطوراً لا يعتبرون من الغير في أوضاع قانونية أخرى . فهم يعتبرون من الغير في الصورية والدعوى البولصية والقيد (inscription) ، حيث تجب حمايتهم من غش المدين أو حيث يحق لهم أن يطمئنوا إلى المركز الظاهر وأن يتعاملوا على مقتضاه . وهم لا يعتبرون من الغير فيما عدا ذلك من الأوضاع القانونية ، كنسبية أثر العقد وحجية الحكم وثبوت التاريخ والتسجيل (transcription) ، فيسري في حقهم أثر العقد وحجية الأمر المقضي والتاريخ غير الثابت والعقد غير المسجل .

والدائن الشخصي يعتبر من الغير في الصورية سواء كان حقه مستحق الأداء أو غير مستحق الأداء ، مادام خاليا من النـزاع ، ومركزه في ذلك كمركزه في الدعوى غير المباشرة ، بخلاف الدعوى البولصية فقد رأينا أن حقه يجب أن يكون مستحق الأداء .

ولا يشترط كذلك في الدائن الشخصي للبائع ، حتى يعتبر من الغير في الصورية ، أن يكون حقه سابقاً على التصرف الصوري ، بل يصح أن يكون تالياً لهذا التصرف (1) ، إذ

– يستوفوا هم دينهم منه ومن غلته بطريق الأولوية (نقض مدني ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٣ ص ٣٤٤) . وإذا باع شخص عينا لآخر بيعاً صوريا ، فباعها المشتري الصوري هو أيضاً بيعاً صوريا لمشتر ثان ، فإن البائع الصوري الأول – وهو دائن للمشتري منه بموجب ورقة الضد – يعتبر من الغير بالنسبة إلى العقد الصوري الصادر من المشتري الأول إلى المشتري الثاني ، فيجوز له إثبات هذه الصورية بجميع طرق الإثبات (نقض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) .

(1) أ – الدائن الشخصي للمتصرف يعتبر من الغير في الصورية ، ويجوز له إثباتها بطرق الإثبات كافة ، ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن أن يكون حقه سابقاً على التصرف الصوري ، بل يصح أن يكون حقه تالياً لهذا التصرف ، إذ أن التصرف الصوري الصادر من المدين يبقى صوريا بالنسبة إلى الدائنين الذين استجدوا بعد هذا التصرف ، ويظل الشيء محل التصرف داخلا في الضمان العام للدائنين جميعاً ، سواء منهم من كان حقه سابقاً على التصرف الصوري أو لاحقاً به ، وسواء كان هذا الحق مستحق الأداء أو غير مستحق الأداء مادام خالياً من النزاع ، ذلك أنه متى كان التصرف صوريا ، فإنه لا يكون هو المقصود إضراره بالتصرف الصوري ، إذ من مصلحة أي دائن أن يثبت صورية هذا التصرف حتى يظل الشيء محل التصرف في الضمان العام للدائنين ، فيستطيع أن ينفذ عليه بدينه ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدفع بالصورية الذي أبداه الطاعن على أن دينه لاحق للتصرف المدعى بصوريته ، وعلى انقطاع صلته بالدائن الذي قصد بهذا التصرف التهرب من دينه ، يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وتأويله
(جلسة ١٩٦٥/١٢/٩ الطعن رقم ١٥٨ لسنة ٣١ ق س ١٦ ص ١٢٢٣) .

ب – للدائن العادي ، باعتباره من الغير أن يطعن على تصرف مدينه بالصورية طبقاً لنص المادة ٢٤٤ / ١ من القانون المدني ، إلا أن ذلك منوط بأن يكون حق الدائن خالياً من النزاع .
(جلسة ١٩٧٨/٣/٣٠ الطعن رقم ٩١٥ لسنة ٤٤ ق س ٢٩ ص ٩٣٢) .

تصرف المدين الصوري يبقى صورياً حتى بالنسبة إلى الدائنين الذين استجدوا بعد هذا التصرف ، ولا يزال الشيء محل التصرف داخلا في الضمان العام للدائنين ، سواء من كان منهم سابقاً على التصرف الصوري ومن كان منهم لاحقاً له [1] . وما قلناه في الدائن الشخصي للبائع نقوله في الدائن الشخصي للمشترى ، فهو من الغير سواء كان حقه تالياً للتصرف الصوري أو سابقاً عليه ، ففي الحالتين دخل الشيء ظاهراً في الضمان العام للدائنين [2] . وفي هذه أيضاً يتفق مركز الدائن الشخصي في الصورية مع مركزه في الدعوى غير المباشرة ويختلف عن مركزه في الدعوى البولصية .

٦٢٢ — للغير أن يتمسك بالعقد المستتر : وقد رأينا المادة ٢٤٤ من التقنين المدني تحدد الغير في الصورية بأنهم هم دائنو المتعاقدين والخلف الخاص ، على النحو الذي بيناه فيما تقدم ، وتقضى بأن لهؤلاء أن يتمسكوا بالعقد المستتر .

والأصل هو أن العقد المستتر — وهو العقد الذي له وجود حقيقي والذي أراده المتعاقدان — هو الذي يسرى ، حتى بالنسبة إلى الغير . أما العقد الظاهر فلا وجود له ؛ فالأصل فيه أنه لا يسرى ، حتى بالنسبة إلى الغير ، إلا إذا كانت له مصلحة في ذلك كما سنرى .

فالعقد المستتر هو إذن الذي يسرى في الأصل في حق الغير [3] ، حتى لو كان الغير لا يعلم بوجود هذا العقد في مبدأ الأمر ، واعتقد أن العقد الظاهر هو عقد جدي [1] .

---

(١) نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٧ ص ١٥٤ — استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٤ .

(٢) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٢١٦ — ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٧٤ — أسيوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/٧٥ — استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٥ — ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٤٨ — ويقول بلانيول وريبير وإسمان (جزء ٦ فقرة ٣٣٧ ص ٤٦٤ — ص ٤٦٥) إن الأمر إذن ليس مقصوراً على حماية الدائنين الذين كان لهم أن يطمئنوا إلى تصرف ظاهر وقت ثبوت حقهم ، فإن دائن المشترى الذي ثبت حقه قبل صدور البيع الصوري لا يمكن أن يكون قد اطمأن وقت ثبوت حقه إلى أن مدينه مالك للشيء المبيع صورياً ، لأن المدين لم يكن قد اشترى الشيء وقت ذلك ، ولا يستطيع من جهة أخرى أن يستند على عقد البيع الذي ملك المشترى بموجبه الشيء في الظاهر لأنه عقد صوري وليس له وجود قانوني. فهناك إذن فكرة إيقاع عقوبة على متعاقدين يظهران غير ما يبطنان ، فيؤخذان بما يظهر أنه إذا كان للغير مصلحة في ذلك .

(٣) ويتمسك به الغير صحماً عند تحقق المصلحة له في ذلك : استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣/١٢٦ — استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ — ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٠ — ١٧ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠١ — ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥

ويترتب على ذلك أن لدائني البائع ، إذا كان البيع صورياً ، أن يتمسكوا بالعقد المستتر حتى يتمكنوا من التنفيذ على العين المبيعة على أساس أنها لم تخرج من ملك البائع [2] . ولهم أيضاً أن يتمسكوا بأن البيع حقيقته هبة مستترة حتى يسهل عليهم الطعن فيها بالدعوى البولصية دون حاجة إلى إثبات الغش . وهذا كله حتى لو لم يثبت حقهم في ذمة البائع إلا بعد صدور البيع الصوري كما أسلفنا الإشارة . وإذا أثبت دائن البائع صورية البيع ، فإنه لا يستأثر وحده بالتنفيذ على العين المبيعة ، بل يشترك معه في التنفيذ سائر الدائنين ، ذلك لأن الدائن إنما حصل على حكم يقرر أمراً واقعاً هو أن العين لم تخرج من ملكية المدين . وبذلك تبقى في الضمان العام لكل الدائنين ، فلا ينفرد الدائن الذي رفع دعوى الصورية بالتنفيذ عليها وحده [3] .

= ص ٢٠٣ — ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٣٧ — ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ — أنظر أيضاً دي هلتس ١ لفظ acte فقرة ١٠٤ — الأستاذ عبد السلام ذهني في الإثبات ص ٣٢٦ وما بعدها .

(١) وحتى لو كان العقد الظاهر قد تأيد بحكم ، فلا يمنع هذا من الطعن فيه بالصورية والتمسك بالعقد المستتر (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٤٥ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٧ — ٢٦ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٦) . وكذلك الدعوى الصورية لا تضر الغير ، وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن على المحاكم أن تحكم برد وبطلان كل دعوى يظهر لها أنها صورية ، ولو وافق المدعى عليه فيها ، متى تبين لها أنها لم ترفع إلا بقصد الإضرار بحقوق مكتسبة لآخر (٢١ فبراير سنة ١٩٠١ الحقوق ١٦ ص ١٠٥) . ويجوز للمشترى أن يتمسك بورقة ضد بين البائع والمستأجر للعين المبيعة ، فيطالب المستأجر بالأجرة المذكورة في ورقة الضد إذا كانت أعلى من الأجرة المذكورة في عقد الإيجار الظاهر . أما إذا كانت الأجرة المذكورة في عقد الإيجار الظاهر هي الأعلى فللمشترى أن يتمسك بالعقد الظاهر لأن له مصلحة في ذلك ويطالب المستأجر بالأجرة الأعلى ، ويرجع المستأجر على البائع بالفرق بين الأجرة الظاهرة والأجرة المستترة (والتون ٢ ص ١٣٦) .

أما الشفيع يتمسك بالثمن الحقيقي لا بالثمن الأعلى الوارد في العقد ، فإن ذلك لا يرجع إلى أن الشفيع يعتبر غيراً في الصورية ، ولكن إلى أنه يسرى في حقه دائماً العقد الحقيقي لا العقد الصوري ، وقد تقدم بيان ذلك (أنظر عكس هذا الرأي الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٢٩ ص ١٧٦) .

(٢) وكانت محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأن على دائن البائع أن يرفع دعوى الصورية مستقلة ليصل إلى تقرير أن عقد البيع صوري لا وجود له ، وبأن هذا من ناحية الإجراءات أدق من أن يطلب الحكم بالصورية في صورة دفع في دعوى استحقاق ترفع أثناء إجراءات التنفيذ (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٥٣) ، ولكنها رجعت عن هذا الرأي فقضت بأنه يجوز للدائن أن يدفع دعوى الاستحقاق في صورة دفع لا في صورة دعوى مستقلة (استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٨٩) .

(٣) لارومبير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ — وأنظر أيضاً بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٩ ، ولكنهما يعللان هذا الحكم تعليلا آخر ، فعندهما أن الدائنين إذا استفادوا كلهم من دعوى الصورية فذلك لأن الحكم بالصورية قد صدر في مواجهة المتعاقدين فيسرى في حق دائنيهم . ويتبين مما تقدم أن دعوى الصورية ليست بدعوى =

كذلك للخلف الخاص ، الذي كسب حقه من البائع على العين المبيعة صورياً، أن يتمسك بالعقد المستتر . ومصلحته في ذلك ظاهرة إذا كان قد كسب حقه بعد صدور البيع الصوري ، حتى يكون كسبه لهذا الحق صحيحاً . وله مصلحة كذلك في التمسك بالعقد المستتر حتى لو كسب حقه قبل صدور البيع الصوري ، إذا كان هذا الحق لم يشهر على الوجه الذي يوجبه القانون قبل تسجيل البيع الصوري ، أو حتى إذا كان قد شهر ولكن الخلف الخاص يريد أن يتجنب إجراءات حق التتبع وألا يتحمل حق التطهير ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . مثل ما قدمنا أن يبيع الراهن العين المرهونة بيعاً صورياً ويكون الدائن المرتهن لم يقيد الرهن قبل تسجيل البيع الصوري ، أو يبيع المالك العين مرة ثانية بيعاً صورياً بعد أن يكون قد باعها بيعاً جدياً ويسجل المشترى الثاني عقده الصوري قبل أن يسجل المشترى الأول عقده الجدي . فللدائن المرتهن في المثل الأول ، وللمشترى الأول في المثل الثاني ، أن يتمسكا بالعقد المستتر ويطعنا في العقد الظاهر بالصورية [1] .

= بطلان ولا بدعوى فسخ ، وإنما هي دعوى يطلب فيها التقرير بأن العقد غير موجود (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٤) .

ويلاحظ أن بعض الفقهاء يذهبون إلى أن دعوى الصورية لا تفيد إلا الدائن الذي رفعها ، ويستندون في ذلك إلى نسبية الحكم وإلى أن الدائن يرفع الدعوى باسمه (أوبري ورو ٤ طبعة خامسة فقرة ٣١٣ ص ٢٤٢ وهامش رقم ٥٢ — حروبيه فقرة ٣٣٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٤) . ويذهب القضاء اللبناني هذا المذهب ، فعنده أن الدائن وحده هو الذي يستفيد من دعوى الصورية ولا يشترك معه سائر الدائنين (قرار محكمة الاستئناف الغرفة الأولى رقم ٥٤ الصادر في ١٩٤١/١/٢٧ : أنظر الدكتور المحمصاني في آثار الالتزام في القانون اللبناني ص ٧١) . ولما كانت الاعتبارات التي تقوم عليها هذا الرأي — وهي نسبية الحكم ورفع الدائن الدعوى باسمه — تتفق مع الاعتبارات المتحققة في الدعوى البولصية ، وكان الدائن في الدعوى البولصية يستأثر بالتنفيذ على العين في القانون الفرنسي ، فقد استخلص أصحاب هذا الرأي أن الواجب أيضاً في دعوى الصورية أن يستأثر الدائن بالتنفيذ على العين. أما في التقنين المدني المصري الجديد ، فقد رأينا أن الدائن في الدعوى البولصية لا يستأثر بالتنفيذ على العين ، فوجب من باب أولى في دعوى الصورية أن يكون الأمر كذلك .

(١) وأحكام محكمة النقض مطردة ، كما رأينا عند الكلام في الدعوى البولصية (أنظر آنفاً فقرة ٥٨٨ في الهامش) ، في أن القانون لا يمنع المشترى الذي لم يسجل عقده من أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر الذي سجل ، ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود ، لكي يحكم له هو بصحة عقده ، ولكي يسجل هذا الحكم فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة (نقض مدني ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ ص ٤٠٥ — أنظر أيضاً : نقض مدني ٣ يونية سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٧ ص ١٨٣ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمي في ص ١٩٤ — ص ١٩٥ — ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٣٤ — ٦ يونية سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩١ ص ١٨٨ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٣ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢ — ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ =

٦٢٣ — وللغير أيضاً أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كانت ل[...] مصلحة في ذلك :

على أن الغير قد يضره التمسك بالعقد المستتر ، وتكون مصلحته في أن يتمسك بالعقد الظاهر [1] . وقد قضت المادة ٢٤٤ ، كما رأينا ، بأن الغير — دائني المتعاقدين والخلف الخاص — له أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية [1]، وهنا تبرز أهم قاعدة في الصورية ، وهي القاعدة التي تميز الصورية عن غيرها من الأوضاع القانونية . فإلى هنا لم نزد على أن كنا نقرر القواعد العامة ، وليس في تمسك الغير بالعقد المستتر إلا تطبيق لهذه القواعد ، فإن العقد المستتر هو العقد الحقيقي ، فهو الذي يسرى كما سبق القول . أما أن يجوز للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر — العقد الذي لا وجود له قانونا

= مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦ — استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣/١٢٦) . كذلك لا يحتج على المشترى الجدي بتسجيل المشترى الصوري ، حتى لو كان المشترى الجدي اشترى بعقد ابتدائي وفسخ هذا العقد ، لأن المشترى الجدي في هذه الحالة يصبح دائناً للبائع الصوري ، وله بهذه الصفة الطعن بالصورية في البيع الصوري المسجل . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع هو أن الطاعن قد أقام الدعوى يطلب فيها الحكم أولاً بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له من المطعون عليه الثاني ، وثانياً ببطلان عقد البيع المسجل الصادر من هذا الأخير إلى المطعون عليه الأول واعتباره كأن لم يكن لصوريته ، وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض دعوى الطاعن أقام قضاءه على أساس أن الحكم بفسخ العقد الابتدائي المبرم بين الطاعن والمطعون عليه الثاني يترتب عليه حتماً رفض هذه الدعوى ؛ مع أن الحكم بفسخ العقد المذكور لا يستتبع رفض الدعوى المقامة من الطاعن بطلب إبطال العقد الصادر من المطعون عليه الثاني إلى المطعون عليه الأول للصورية ، ومن ثم فإن الحكم إذ قضى بذلك أخطأ في تطبيق القانون ، لأن من حق الطاعن بوصفه دائناً للمطعون عليه الثاني بما عجله له من الثمن أن يطعن في تصرفات مدينه الصورية ، وكان لزاماً على المحكمة أن تتناول بالبحث والتمحيص ما قدمه الطاعن من أدلة على الصورية وتفصل فيها (نقض مدني ١٣ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠٩ ص ٦٣٥) .

وغني عن البيان أنه إذا تمسك الغير بالعقد المستتر ، فلابد من أن يستوفي هذا العقد الشهر الواجب قانوناً من تسجيل أو قيد (نقض فرنسي ١٧ يناير سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧ — ١ — ٢١) .

(1) للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان هذا العقد في مصلحته ولا يجوز له أن يحاج المشترى بورقة غير مسجلة تفيد صورية عقد البائع له متى كان لا يعلم بصورية هذا العقد .

(جلسة ١٩٧١/٤/٢٢ الطعن رقم ٤١٥ لسنة ٣٦ ق س ٢٢ ص ٥٥٣) .

(١) نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٨ ص ٣١٤ — فالعقد المستتر لا يسرى ضد مصلحة الغير (contre les tiers) كما تقول المادة ١٣٢١ من التقنين المدني الفرنسي — أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٤٣ — ص ٦٤٥ — وأنظر : استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ — ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٣ — ٢٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٣٥ — ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ .

— فهذا هو الاستثناء . ولكنه استثناء يطغى في كثير من الأحوال على القاعدة ، ويصبح للغير أن يختار بين العقد المستتر أو العقد الظاهر حسب مصلحته. وهو إذا تمسك بالعقد المستتر ، فلأنه العقد الحقيقي الذي أراده المتعاقدان ، فيأخذهما بما أراداً . وإذا تمسك بالعقد الظاهر [1] ، فلأن هذا العقد قد خلق مظهراً انخدع به واطمأن إليه ، وليس للمتعاقدين أن يستفيدا من غشهما في علاقتهما بالغير . فالعقد المستتر يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة ، والعقد الظاهر يقتضيه مبدأ استقرار التعامل . ومما يدل على أن الاستثناء يطغى في كثير من الأحوال على القاعدة ما سنرى من أنه إذا تعارض الاستثناء مع القاعدة ، وتمسك أحد الأغيار بالعقد الظاهر وتمسك " غير " آخر بالعقد المستتر ، فإن المتمسك بالعقد الظاهر — أي بالاستثناء — هو الذي ترجح كفته .

فللغير إذن أن يتمسك بالعقد الظاهر [1] إذا تحققت له مصلحة في ذلك [2] . ومن ثم يكون لدائن المشترى في البيع الصوري أن يتمسك بالعقد الظاهر ، حتى يتمكن من التنفيذ على العين التي اعتبرت بالنسبة إليه داخله في ملك المشترى بموجب العقد الظاهر، ولو كان

(1) إذا كان المشترون قد تمسكوا أمام محكمة الموضوع بأنهم كانوا حسنى النية عندما اشتروا أطيان النـزاع من مورثهم معتمدين على العقد الظاهر جاهلين ورقة الضد ، وكان المشترون يعتبرون من الغير بالنسبة لهـذه الورقة بحكم أنهم اشتروا هذه الأطيان بعقدي بيع مشهرين ، فلهم أن يتمسكوا بالعقد الظاهر دون العقـد المستتر ، ومن ثم لا يجوز أن يحاجوا بالعقد المستتر إلا إذا كان هذا العقد مشهراً أو كانوا هم عالمين بصورية العقد الظاهر أو بوجود ورقة ضد .
(جلسة ١٩٤٢/٢/٢٨ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٣ ص ١٢٨٥) .

(١) نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٧ ص ٧٣٤ — والدائن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كان يعمل باسمه ، أما إذا كان يعمل باسم مدينه عن طريق الدعوى غـير المباشـرة ، فإنـه لا يستطيع أن يتمسك إلا بالعقد المستتر كمدينه (نقض فرنسي ٢٣ مايو سـنة ١٨٧٠ داللـوز ٧١ — ١ — ١٠٩) .

وإذا فرض أن المدين التزم بالعقد المستتر أن يدفع مبلغاً أكبر مما هو مذكور في العقد الظاهر ، ودفع هذا المبلغ بالفعل ، فليس للدائن أن يسترد الفرق بين المبلغين بحجة أنه يتمسك بالعقد الظاهر (نقض فرنسي ٣ يوليه سنة ١٨٨٢ سيريه ٨٢ — ١ — ٤٥٩) .

(٢) استئناف مصر ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣٧ ص ٣١٧ — إسكندرية الكلية الأهلية ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٩٦ ص ٢٥٢ — أسيوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٧٥ — بشبين الكوم ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٥٠٤ ص ١٠٥ — أسيوط الكلية ٢٨ يونية سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٣٨ ص ٨٨٧ — استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٣ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٥ — ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢١٥ — أول ديسمبر سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٨٢ ص ٨٤ — ٥ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٧٨ .

حق هذا الدائن ثابتاً في ذمة المشترى قبل صدور البيع الصوري كما سبق القول [1] . ولا يستأثر دائن المشترى بالتنفيذ على العين ، بل يشترك معه في ذلك سائر دائني المشترى ، لنفس الأسباب التي قدمناها في دائن البائع . كذلك للخلف الخاص الذي كسب حقه من المشترى أن يتمسك بالعقد الظاهر . مثل ذلك دائن مرتهن من المشترى [2] ، أو صاحب حق ارتفاق ، أو صاحب حق انتفاع ، أو مشتر ثان [3] ، كل هؤلاء لهم أن يتمسكوا بالعقد الظاهر ، فيعتبر الحق العيني قد انتقل إليهم من مالك [4] .

ولما كان أساس تمسك الغير بالعقد الظاهر هو كما قدمنا اطمئنانه إلى هذا العقد ، فمن البديهي إذن أنه يجب لتمسكه بالعقد الظاهر أن يكون حسن النية ، أي لا يعلم وقت تعامله مع المالك الظاهر أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري ، بل اعتقد أنه عقد جدي واطمأن إليه وبنى عليه تعامله . أما إذا كان عالماً وقت تعامله بصورية العقد الظاهر ، فليس ثمة مبرر لحمايته ، وكان العقد الذي يسرى في حقه هو العقد الحقيقي ، شأنه في ذلك شأن المتعاقدين [5] . فلا بد إذن أن يكون الغير جاهلا بصورية العقد الظاهر حتى يستطيع أن

(١) كذلك للدائن أن يطلب إخراج دائن آخر بعقد مستتر من مقاسمته مال المدين ، متمسكا بالظاهر وهو انعدام المديونية ، فلا يسرى عليه بذلك عقد الدين المستتر (نقض فرنسي ٨ مارس سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ — ١ — ٢٤٣) .
(٢) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٣ .
(٣) استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢١٥ . وقد قضت محكمة أسيوط الكلية بأنه إذا كان البيع الأول صورياً ، وكان المشترى الثاني حسن النية ، فعقده صحيح ولو لم يضع يده خمس سنوات ، لأنه تعامل من المالك الظاهر ، ولأن العدالة تقضي باستقرار المعاملات وتأمينها (١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٧٥ — والتون ٢ ص ١٣٦) .
(٤) حتى لو كان العقد المستتر قد شهر قبل شهر حقهم العيني ، ماداموا يثبتون أنهم كانوا يجهلون وجود العقد المستتر وقت تعاملهم مع المشترى الظاهر بالرغم من شهره ، وستأتي الإشارة إلى ذلك (بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤١٢ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٦٥) . وإذا كان المبيع بيعاً صورياً منقولا ، وتصرف فيه المشترى الصوري إلى مشتر ثان حسن النية ، إنتقلت الملكية إلى المشترى الثاني دون حاجة إلى أن يتسلم المبيع ، لأن الملكية إنما انتقلت إليه بحكم البيع الثاني وفقاً لقواعد الصورية ، فلا حاجة به إلى الحيازة (قارن الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٧٠) .
(٥) استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣٧ ص ٣١٧ — بني سويف الكلية ٦ أكتوبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٧ ص ١٧٢ — استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٨٨ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٩٦ — ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٢٠ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٥ — أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٨ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٣٤٧ — هيك ٨ فقرة ٢٣٢ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤١١ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٣٣٧ — وشرط حسن نية الغير يقرب دعوى الصورية من الدعوى البولصية ، فكما يجوز أن يطعن الدائن بالدعوى البولصية في تصرف مدينه الصادر إلى الغير سيئ النية ومنه إلى خلف سيئ النية أيضاً ، كذلك يجوز لدائن البـائع أن =

يتمسك به . ويكفي أن يجهل هذه الصورية وقت تعامله [1] ، حتى لو علم بها بعد ذلك . فإذا كان دائناً شخصياً للمشترى وكان التصرف الصوري سابقاً على حقه ، وجب أن يكون وقت أن أصبح دائناً للمشترى قد اعتقد أن التصرف الصوري الذي سبق حقه إنما هو تصرف جدي ، وقد اطمأن إليه على هذا الاعتبار . وكذلك الحال لو انتقل إليه حق عيني من المشترى بعد صدور التصرف الصوري ، فيجب وقت انتقال الحق العيني إليه أن يكون معتقداً جدية التصرف الصوري . وقد قدمنا أن الغير قد يكون حقه ، شخصياً كان أو عينياً، سابقا على التصرف الصوري ، ففي هذه الحالة يكون حسن النية المطلوب منه هو أن يكون قد اعتقد وقت علمه بصدور التصرف الصوري أن هذا التصرف جدي ، فاطمأن إليه على هذا الاعتبار .

والمفروض أن الغير حسن النية لا علم له بالعقد المستتر ، وعلى من يدعي عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه [1] [2] . ولما كان العلم بالعقد المستتر واقعة مادية ، فإنه يجوز إثباتها بجميع الطرق ، بما في ذلك البينة والقرائن [2] .

= يطعن بالصورية في التصرف الصادر من البائع إلى المشترى ولو باع المشترى العين لمشتر ثان سيء النية (استئناف أهلي ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣٣) .

(1) النص في الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من القانون المدني على أنه إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري ، يدل على أن العبرة في تحديد وقت ثبوت حسن النية هي بوقت التعامل ونشوء الالتزام وهو الوقت الذي انخدع فيه المتعاقد بالعقد الظاهر للمتعاقد معه وانبنى عليه تعامله ، فأعطاه القانون حق التمسك بهذا العقد الظاهري حماية لحسن النية الذي لازم التصرف ، الأمر الذي يقتضيه استقرار المعاملات .

(جلسة ١٩٧٥/١/٢٦ الطعن رقم ٢٢٠ لسنة ٣٩ ق س ٢٦ ص ٢٥٤) .

(١) الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٠ ص ١٧٨ وهامش رقم ٣ .

(2) لدائن المتعاقد أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية والمفروض أن الدائن حسن النية لا علم له بالعقد المستتر وعلى من يدعى عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه .

(جلسة ١٩٧٨/٥/١١ الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٤٣ ق س ٢٩ ص ١٢٢٣) .

(٢) وشهر العقد المستتر قرينة على العلم به (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٦ ص ١٠٦٣ – استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ – ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٨٨) . ولذلك يصعب تحقق الصورية في العقود الواجب شهرها ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك على أن هذه القرينة ، في رأينا ، ليست قاطعة ، فيستطيع الغير أن يثبت أنه كان وقت تعامله لا يعلم بالعقد المستتر بالرغم من شهره (أنظر من هذا الرأي ديموج ١ فقرة ١٦١ ص ٢٦٤ – وقارن بيدان ولاجارد فقرة ٩٨١ ص ٧٢ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٠ ص ١٧٨ وهامش رقم ٤ ويذهبون إلى أن الغير لا يستطيع إثبات عدم علمه بالعقد المستتر المسجل) ، هذا ويصح أن يواجه الغير بالعقد المستتر متى ثبت علمه به ، حتى لو كان هذا العقد غير مسجل (نقض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) .

٦٢٤ – التعارض بين غير يتمسك بالعقد الظاهر وغير يتمسك بالعقد المستتر :

بالعقد المستتر : ولما كان الغير له أن يتمسك بالعقد الظاهر أو بالعقد المستتر وفقاً لمصلحته ، فإنه يقع كثيراً أن يقوم تنازع فيما بين الأغيار لتعارض مصلحة . ويكفي أن نفرض في بيع صوري أن يكون للبائع دائن وللمشترى دائن . فدائن البائع مصلحته أن يتمسك بالعقد المستتر ، ودائن المشترى مصلحته أن يتمسك بالعقد الظاهر . ولا يمكن أن نأخذ بالعقدين معا ، فلا بد إذن من تغليب إحدى المصلحتين . فإما أن نحرص على احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين فنغلب مصلحة دائن البائع أو من كسب حقاً عينياً من البائع ونأخذ بالعقد المستتر ، وإما أن نعنى بثبات التعامل واستقراره فنغلب مصلحة دائن المشترى أو من كسب حقاً عينياً من المشترى ونأخذ بالعقد الظاهر . ولم يكن في التقنين المدني السابق نص في هذه المسألة ، فانقسمت الآراء ، بعض يأخذ بالعقد المستتر [1] . والغالبية تأخذ بالعقد الظاهر [2] .

= ولو اشترك شخص في تحرير العقد الظاهر ، لو بصفته شاهداً ، وتواطأ مع المتعاقدين على الصورية ، فإنه يكون بمنزلة المتعاقدين لا يستطيع إثبات صورية العقد المكتوب إلا بالكتابة . وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس هناك ما يمنع من حرر عقد البيع بخطه ، ووقع عليه بصفته شاهداً ، من أن يطعن فيه بالصورية ، متى كان يستند في طعنه إلى دليل كتابي ، ومتى كان هذا الطعن موجه ضد طرفي العقد اللذين اشتركا معه في الصورية لا ضد غيرهما ممن يمكن أن تضار مصالحهم بصورية يجهلونها (نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٢ ص ٥١) . هذا وقد خرجت محكمة الاستئناف المختلطة على المبادئ المتقدمة ، فقضت في حكم شاذ بأنه لا يجوز لطرفي العقد الصوري أن يثبتا بالبينة علم الغير بالصورية (١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٣) .

(١) استئناف أهلي ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣ – استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٠٢ – ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٦ – ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٤ – ٩ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٩٦ – نقض فرنسي ٢٥ يونية سنة ١٨٤٧ داللوز ٤٧ – ١ – ٣٤٢ – لسوران ١٦ فقرة ٤٩٩ – والتون ٢ ص ١٣٩ .

(٢) فتحي زغلول ص ١٤٣ – ص ١٤٤ – محمد صالح في أصول التعهدات فقرة ٣١٥ ص ٢٧٤ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥٧ ص ٨٤١ – الموجز للمؤلف فقرة ٢٣٥ ص ٢٦٠ – أحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام فقرة ٦٥٢ – أسيوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٥٠ ص ٤٣٧ – ٢٨ يونية سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٣٨ ص ٨٨٧ – استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢١٩ – ٢٠ يونية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٨٢ – ٣٠ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٣ – ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢١٥ – أنظر أيضاً في اشتراط حسن نية خلف المشترى الظاهر لتقديمه على خلف البائع: استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٤ – ١٦ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢١٩ – ٢٠ يونية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٨٢ – وهذا هو رأي محكمة النقض الفرنسية وجمهور الفقهاء الفرنسيين : نقض فرنسي ٢ فبراير سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٢ – ١ – ٤٩ – ٢٠ يوليه سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٠ – ١ =

وقد حسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٤ ، كما رأينا ، على أنه " إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين " . وبذلك أيد التقنين الجديد الرأي الذي ذهب إليه الغالبية ، لاعتبارات تتعلق باستقرار التعامل [1] . ويترتب على ذلك أن دائن المشترى في البيع الصوري يفضل على دائن البائع ، فيقوم هو دون دائن البائع بالتنفيذ على العين المبيعة صورياً ، متمسكا بالعقد الظاهر إذ هو في مصلحته. ويمتنع على دائن البائع أن ينفذ على هذه العين وأن يتمسك بالعقد المستتر [2] . ويترتب على ذلك أيضاً أن من كسب حقاً عينياً من المشترى الظاهر يفضل على من كسب حقاً عينياً من البائع الظاهر . فلو أن البائع بعد أن صدر منه البيع الصوري باع مرة أخرى بيعاً جدياً لمشتر آخر وسجل هذا المشترى عقده ، ثم باع المشترى الظاهر بعد ذلك العقار بيعاً جدياً لمشتر ثان ، فإن المشترى من المشترى يفضل على المشترى من البائع بالرغم من أن هذا الأخير قد سجل أولا ، لأن كلا منهما لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى التسجيل حتى يفضل السابق إليه ، إذ هما لم يتلقيا الحق من شخص واحد . وإنما نحن بصدد تنازع ما بين الإغيار بالنسبة إلى الصورية لا

= – ٣٩٢ – ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ – ١ – ٤٣٣ – ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٩ داللوز ١٩٤٠ – ١ – ١٢ – ميك ٧ فقرة ٢٣٢ – بودري وبارد ١ فقرة ٧٤٠ ص ٧٦٦ – ديموج ١ فقرة ١٦٣ – بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٣٣٩ ص ٤٣٦ – ص ٤٣٧ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٦٠٧ – كولان وكابيتان وموانديير ٢ فقرة ١٩٤ ص ١٤٧ .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى ما يأتي : " ويناط الحكم عند تنازع ذوي المصالح المتعارضة على هذا الوجه بفكرة استقرار المعاملات . فإذا تمسك دائن البائع في العقد الظاهر بورقة الضد ، وتمسك دائن المشترى بهذا العقد ، كانت الأفضلية للأخير لاعتبارات تتعلق بتأمين ذلك الاستقرار " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٤٦) .

(٢) وهناك رأي في عهد التقنين المدني السابق يفضل دائن البائع في بيع صوري على الموهوب له من المشترى، لأن تفضيل الموهوب له يؤدي إلى اغتنائه على حساب الدائن (والتون ٢ ص ١٤٠ – الموجز للمؤلف فقرة ٢٣٥ ص ٢٦٠ هامش رقم ١) .

ويترتب على تغليب العقد الظاهر أن دائن المشترى الظاهر ، حتى لو كان حقه ثبت في ذمة المشترى قبل صدور البيع الصوري ، أي في وقت لم يكن يعتمد فيه على ملكية مدينه الصورية ، يفضل في استيفاء حقه من العين على دائن البائع . وهذه نتيجة يصعب تبريرها ، لا سيما إذا لوحظ أنه لو كان البيع الصوري بيعاً جدياً لأمكن لدائن البائع أن يطعن فيه بالدعوى البولصية فيفضل في استيفاء حقه من العين على دائن المشترى ، فكيف يكون حق دائن البائع على مال مدينه عند تصرف المدين في هذا المال تصرفاً صورياً أقل نفاذاً من حقه على هذا المال عند تصرف المدين فيه تصرفاً جدياً ! هذا الاعتراض يقوم وجيهاً من ناحية المبدأ ، ولكن سنرى من الناحية العملية أن لدائن البائع في هذه الحالة أن يتخلى عن الطعن بالصورية في العقد الظاهر ، ويعتبره عقداً جدياً ، فيستطيع الطعن فيه بالدعوى البولصية ، ولا يسرى في حقه تصرف صوري كان لا يسرى لو أنه كان جدياً .

بالنسبة إلى التسجيل ، فتأخذ بالعقد الظاهر ، ونفضل المشترى من المشترى على المشترى من البائع ، ولا عبرة بالأسبقية في التسجيل [1] . على أن المشترى لا تنتقل إليه الملكية إلا إذا سجل عقده ، وأن كان يفضل على المشترى من البائع ولو تأخر عن التسجيل [2] .

المبحث الثالث

الصورية من حيث الدعوى وطرق الإثبات

§ ١ – من حيث الدعوى

٦٢٥ – الخصوم في دعوى الصورية : قد ترفع دعوى الصورية من أحد طرفي العقد الصوري على الطرف الآخر يطعن في العقد بالصورية ، وفي هذه الحالة يجب إدخال من له مصلحة في التمسك بالعقد الصوري في الدعوى (1) : كخلف المشترى الظاهر إذا كان سيئ النية [3] . وقد يكون الطعن بالصورية في صورة دفع دعوى يرفعها

(١) بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٣٣٩ ص ٤٣٦ – ص ٤٣٧ – بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٢ – قارب بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٥ ص ٣٠٩ – ص ٣١٠ .

(٢) وقد سبق أن أشرنا (أنظر آنفاً فقرة ٦١٨ في الهامش) إلى أن الأستاذ فلاتيه (Flattet) في كتابة "العقود لحساب الغير" يجعل من البائع والمشترى الصوريين شريكين في حق واحد (cotitulaires du droit). فهو يكيف الصورية على أساس أنها وسيلة للتعاقد لحساب الغير (pour le compte d'autrui) . ذلك أن المشترى الصوري يستطيع أن يتصرف في العين التي اشتراها صورياً للغير حسن النية ، فينفذ تصرفه في حق المالك الحقيقي ، وهو البائع الصوري . فكأن المشترى الصوري يتعاقد مع الغير لحساب المالك الحقيقي . وتصبح العين محل التصرف الصوري لها صاحبان (deux cotitulaires) : مالك حقيقي (وهو البائع الصوري) ومالك صوري (وهو المشترى الصوري) . ويستطيع المالك الصوري أن يتصرف في العين طبقا لتعليمات يتلقاها من المالك الحقيقي ، أو من تلقاء نفسه دون تعليمات . ومن ثم يكون للمالك الصوري سلطة على العين أوسع بكثير من سلطة النائب (أنظر في هذه التحليلات لنظرية فلاتيه في التعاقد لحساب الغير فقرة ١٢٠ – فقرة ١٣٣) .

(1) القانون لا يوجب في دعوى الصورية اختصام أشخاص معينين ، ومن ثم فلا تأثير لعدم اختصام المؤجر في دعوى صورية عقد الإيجار على قبول الدعوى ، وإنما الأثر المترتب على ذلك ينحصر في أن الحكم الصادر فيها لا يكون حجة عليه .

(جلسة ١٩٧٧/٥/٤ الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ٤٣ ق س ٢٨ ص ١١٣٥) .

(٣) استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢١ – ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٨٤ – ٣ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٠٣ – ٢٢ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٢ – ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٦٠ . على أنه إذا طعن ناظر الوقف في عقد إيجار بالصورية ومات في أثناء الدعوى ، فإن خلفه يستمر في الدعوى دون حاجة لإدخال ورثة الناظر السابق (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٥٦) .

أحد طرفي العقد الصوري على الطرف الآخر بموجب العقد الظاهر ، ويجوز إبداء هذا الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى [1] .

وقد تكون الدعوى مرفوعة من الغير على الطرفين ، فيطعن الغير في العقد الظاهر بالصورية ويتمسك بالعقد المستتر ، لوجود مصلحة في ذلك ، ويجب في هذه الحالة إدخال كل من طرفي الصورية خصماً في الدعوى [2] .

وقد يرفع الدائن دعوى الصورية باسم مدينه ، وفي هذه الحالة لا يكون الدائن من الغير ولا يجوز له إثبات الصورية إلا بالطرق التي يستطيع بها المدين إثبات ذلك ، ويجوز للخصم أن يتمسك بالدفوع التي كان يتمسك بها قبل المدين [3] .

ومن يدعى الصورية هو الذي يتحمل عبء إثبات ذلك [4] [1] ، على النحو الذي سنبينه فيما يلي :

(١) استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩١ — ١٠ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٠٩ — ولكن لا يجوز إبداء هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض ، بعد أن اعترف الخصم ضمنا بجدية العقد أمام محكمة الموضوع وذلك بعدم طعنه فيه بالصورية .وقد قضت محكمة النقض بأن من طلب إبطال عقد بيع بدعوى أنه هبة محررة في عقد عرفي لا يجوز له ، بعد أن سلم له خصمه بالبطلان متمسكا بوضع اليد المدة الطويلة ، وناقشه هو في ذلك ، أن يبني طعنه أمام محكمة النقض على صورية العقد ، لأن الصورية دفع جديد مغاير كل المغايرة لطلب البطلان بسبب شكل العقد ، فلا سبيل لطرحه لأول مرة أمام محكمة النقض (نقض مدني ٢ مارس سنة ١٩٣٣ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٩٩) .

(٢) استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢١ — ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٨٤ .

(٣) هيك ٧ فقرة ٢٣٠ ص ٣٠٩ — بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٤ — أما إذا رفع الدائن الدعوى باسمه اعتبر من الغير ، ولا يتمسك قبله بالدفوع الجائزة قبل مدينه (استئناف مختلط ٧ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٦).

(٤) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٧٥ — ١٩ يونية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٠ — ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٢ . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يتعين على المحاكم احترام العقود حسب نصوصها ، ما لم تقم قرائن قوية يستدل منها على أن المتعاقدين قصدا شيئاً آخر خلاف المدون بالعقد (٢٦ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٤٠) .

(1) أ – استخلاص الصورية من أدلتها ، مما تستقل به محكمة الموضوع لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى ، مادام الاستخلاص سائغاً .

(جلسة ١٩٧٥/٦/١١ الطعن رقم ٧٥١ لسنة ٤١ ق س ٢٦ ص ١٢٠١) .

(جلسة ١٩٧٤/٤/٢٩ الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٩ ق س ٢٥ ص ٧٧٣) .

(جلسة ١٩٧٣/٥/٢٢ الطعن رقم ٢١١ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ٧٩٩) .

ب – كذب شهادة النفي لا يعفي مدعي الصورية من إثباتها ولا يصح اتخاذه دليلا على ثبوتها .

(جلسة ٢٠٠١/٤/١٠ الطعن رقم ١٤٢٣ لسنة ٧٠ ق) .

٦٢٦ – أثر الحكم الصادر في دعوى الصورية : والحكم الذي يصدر في دعوى الصورية لا يسرى على الخصمين وحدهما ، بل يتعدى أثره إلى الدائنين . فإذا حكم بصورية عقد ، وكان الخصم في الدعوى دائناً لأحد طرفي العقد ، استفاد الدائنون الآخرون من هذا الحكم ، واستطاع كل منهم أن يتمسك به دون أن يدخل خصما في الدعوى . وكذلك لو كان الخصمان هما طرفا العقد ، فإن الدائنين يستطيعون التمسك بالحكم [1] .

والحكم في صورية العقد حكم في مسألة موضوعية، فلا رقابة فيها لمحكمة النقض [2] .

٦٢٧ – عدم تقادم دعوى الصورية : ودعوى الصورية ذاتها لا تسقط بالتقادم ، سواء رفعت من أحد طرفي العقد الصوري أو من الغير ، لأن المطلوب إنما هو تقرير أن العقد الظاهر لا وجود له ، وهي حقيقة قائمة مستمرة لم تنقطع حتى يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها .

أما إذا كانت دعوى الصورية تتضمن دعوى أخرى ، كما إذا طعن الورثة في الهبة الصادرة من مورثهم بالبطلان وكانت مستترة في صورة عقد بيع ، فإن هناك دعويين : إحداهما متعلقة بصورية عقد البيع وهذه لا تسقط بالتقادم ، والأخرى متعلقة بالطعن في عقد الهبة (وهو العقد المستتر) بالبطلان وهذه تسقط بالتقادم شأنها في ذلك شأن سائر دعاوى البطلان [3] .

(١) ويعلل لارومبيير ذلك بأن الحكم بصورية العقد قد قرر أن العقد الظاهر غير موجود ، وأن العين الذي وقع عليها التصرف الصوري لم تخرج بتاتاً من ملك المدين ، فيستفيد من ذلك الدائنون مادامت هذه العين لم تنقطع عن أن تكون داخلة في الضمان العام لحقوقهم (لارومبيير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣) . ولكن الأستاذين بودري وبارد لا يريان ، كما قدمنا (أنظر آنفاً فقرة ٦٢٢ في الهامش) ، أن هذا تعليل صحيح ، ويذهبان إلى أن الدائنين إنما يتمسكون بالحكم باعتبار أن الخصوم يمثلونهم في الدعوى (بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٩) . وقد سبقت الإشارة (أنظر آنفاً فقرة ٦٢٢ في الهامش) إلى أن بعض الفقهاء يذهبون إلى أن دعوى الصورية إذا رفعها الدائن لا يستفيد منها باقي الدائنين ممن لم يدخلوا في الدعوى (أوبري ورو ٤ طبعة خامسة فقرة ٣١٣ ص ٢٤٢ وهامش رقم ٥٢ — جروبيه فقرة ٣٣٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٤) .

(٢) نقض مدني ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٤١٤ ص ٨٣٩ — ١١ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨١ ص ٥٥٣ — ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤١ ص ٣٨٩ — أول يونية سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٤١ ص ٥٦٩ — هذا ما لم يقرر القانون قرائن تعرف بها صورية العقد ، فيجب على محكمة الموضوع ، تحت رقابة محكمة النقض ، الأخذ بها إذا كانت قرائن قاطعة (دموج ١ ص ٢٧٥ — بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٣٤٣) .

(٣) بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٣٤٥ .

§ ٢ – من حيث طرق الإثبات (١)

٦٢٨ – حالتان : تختلف طرق إثبات الصورية بحسب ما إذا كانت الدعوى مرفوعة من أحد الطرفين أو ممثل له (كالوارث والدائن الذي يرفع الدعوى باسم المدين)، أو كانت مرفوعة من الغير .

٦٢٩ – الحالة الأولى – الدعوى مرفوعة من أحد الطرفين أو ممثل له : يراد في هذه الحالة إثبات العقد المستتر فيما بين الطرفين والورثة (٢) . فلا يثبت إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها (٣) إذا زادت قيمة الالتزام في العقد المستتر على خمسمائة جنيه (٤) ، ما لم يكن هناك غش واحتيال على القانون فيجوز في هذه الحالة الإثبات بجميع الطرق (٥) (١) . أما إذا لم تزد قيمة الالتزام على خمسمائة جنيه ، فإنه يجوز إثبات العقد

(١) أنظر ما سبق أن قدمناه في قسم الإثبات في إثبات الصورية (فقرة ٢٠٣ – فقرة ٢٠٤ آنفاً) .
(٢) نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٦ ص ٢٩٧ .
(٣) نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٨ ص ٣١٤ .
(٤) استئناف مصر ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٤٠ – ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ رقم ٣٥٨ ص ٤١٥ – ٢٥ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٠ ص ١٣٤ – ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٣٤٤ ص ٤١١ – ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١٨١ ص ٢٥١ – ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧ – ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٦٢ ص ٧٦١ – ٢١ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٧٢ ص ١٢٢ – ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٥٤ ص ٥٦٤ – نقض جنائي ٤ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٧ رقم ١٤٢ ص ٢٠٠ – استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٤٢ – ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٩٠ – ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٠ – ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠١ – ٢٢ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣١ ص ١٣٦ – ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٨٠ – ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٨ – ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ – ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥ – ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩٠ – ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ – ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠ . وقد سبقت الإشارة إلى أكثر هذه الأحكام في قسم الإثبات : أنظر آنفاً فقرة ٢٠٣ في الهامش . هذا ولا يجوز القول بأن الصورية غش فيجوز إثباته بجميع الطرق ، فقد قدمنا أن هناك فرقاً بين الصورية والغش (استئناف أهلي ٥ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢١٦) .
(٥) استئناف أهلي أول مارس سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٤٧ – ٩ يونية سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٦٢ – استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٤٢ – نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥ . وقد سبقت الإشارة إلى هذه الأحكام في قسم الإثبات =

= (أنظر آنفاً فقرة ٢٠٣ في الهامش) . وأنظر أيضاً الأحكام التي أوردناها في قسم الإثبات عند الكلام في الاحتيال على القانون (آنفاً فقرة ٢٠٤) .

وإذا تم التحايل على القانون لمصلحة أحد المتعاقدين ضد مصلحة المتعاقد الآخر ، جاز لهذا المتعاقد الآخر ولورثته من بعده أن يثبت العقد المستتر بجميع الطرق : فيثبت بجميع الطرق أن حقيقة البيع هبة دفع إليها باعث غير مشروع (استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٤ ص ٦٩) ، أو أن الرهن وضع في صورة بيع للتحايل على قانون خمسة الأفدنة (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣١٤) . أو أن المبلغ المذكور في السند يتضمن فوائد ربوية (نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٢ ص ٣٩٠ – استئناف مصر ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٢٦ ص ٣٢٤ – ٣١ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ ص ٧٠) ، أو أن تاريخ العقد قد قدم ليكون سابقاً على تاريخ الحجر فيعصم العقد من الإبطال (نقض مدني ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٨ ص ٥٠٧ – استئناف مصر ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ٤٧ ص ٧٠ – ٢/ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ٤٨ ص ٧٢ – استئناف الإسكندرية ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٤٢٧ ص ١٠٤٧) ، أو أن ديناً مدنياً محضاً كتب عنه أنه سلم للمدين بصفة أمانة حتى يهدد المدين بالمحاكمة الجنائية إذا تأخر من الدفع (جرجا ١٤ يونية سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٩ ص ٨٧) . أما إذا تم التحايل على القانون دون أن يكون هذا التحايل ضد مصلحة أحد المتعاقدين ، فلا يجوز لأي منهما أن يثبت العقد المستتر إلا وفقاً للقواعد العامة للإثبات ، إذ لا يوجد هنا ما يمنع المتعاقدين من كتابة ورقة ضد مادام التحايل لم يوجه ضد مصلحة أحد منهما . فلا يجوز للمشتري أن يثبت إلا بالكتابة أن الثمن المكتوب في عقد البيع أكبر من الثمن الحقيقي بقصد منع الشفيع من الأخذ بالشفعة ، أما الشفيع نفسه فيستطيع إثبات الثمن الحقيقي بجميع الطرق (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) . مع أنه ليس من الغير كما قدمنا ، وذلك لأنه هو الذي قصد بالتحايل الإضرار به ولأن البيع يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية كما سبق القول . ولا يجوز للبائع أن يثبت إلا بالكتابة أن الثمن المكتوب في عقد البيع أقل من الثمن الحقيقي تخفيفاً من رسوم التسجيل ، أما الخزانة فتستطيع إثبات الثمن الحقيقي بجميع الطرق ، مع أنها ليست من الغير كما أسلفنا الإشارة ، وذلك لأنها هي التي قصد بالتحايل الإضرار بها ولأن البيع يعتبر بالنسبة إليها واقعة مادية . ولا يجوز للمورث أن يثبت بغير الكتابة أن عقد البيع المكتوب الصادر منه لأحد الورثة حقيقته وصية ، أما الورثة الآخرون فيستطيعون إثبات ذلك بجميع الطرق ، مع أنهم ليسوا من الغير في الصورية ، لأن التصرف قد صدر إضراراً بحقوقهم في الإرث فيكون تحايلاً على القانون (نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٤ ص ٤٩٤ – ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٩ ص ٢٤٩ – استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ رقم ٣٥٨ ص ٤١٥ – ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٦٢ ص ٧٦١ – أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ – ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٠٩ ص ٣٧٧ – ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩١ ص ٦٢٧ – ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٥٧ ص ١٣٢ – استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٨ – ١٦ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٧ – أما في التصرفات التي لا تضر بحقوقهم في الإرث فالورثة يحلون محل مورثهم ويتقيدون بطرق الإثبات التي يتقيد بها : استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١١٣ – الزقازيق الكلية ٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٩١ ص ١٧٥) . وقد قدمنا أن الورثة يستطيعون أيضاً ، لنفس الأسباب السالفة الذكر ، أن يثبتوا بجميع الطرق أن تاريخ التصرف الصادر من مورثهم قد قدم لإخفاء أن هذا التصرف قد صدر في مرض الموت =

المستتر بجميع الطرق ، إلا إذا كان العقد الظاهر مكتوباً فلا يجوز إثبات عكســه إلا بالكتابة [1] . وليس في كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة في الإثبات [1] ، سبق أن بيناه عند بسط هذه القواعد في قسم الإثبات .

= وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً للمبادئ المتقدمة بأنه إذا وكل شخص آخر في إيجار عين مملوكة له ، فتواطأ الوكيل مع مستأجر صوري غشاً للإضرار بحقوق الموكل ، جاز للموكل أن يثبت هذه الصورية التدليسية المبنية على الغش والتواطؤ بجميع طرق الإثبات ومنها القرائن (نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥) . وقضت أيضاً بأنه إذا تمسك المدين بأن الإيصال المحرر عليه بقبض ثمن المنقولات التي تعهد بصنعها هو والفاتورة الموقع عليها منه أيضاً ببيان مفردات تلك المنقولات إنما حررا خدمة للمدعية لتقديمها للمجلس الحسبي ليرخص لها في صرف المبلغ الوارد بالإيصال ، فاعتبرت المحكمة هذا دفعاً منه بالصورية ، ولم تأخذ به على أساس أن الصورية لا تثبت بين المتعاقدين إلا بالكتابة وهو لم يقدم كتابة ما ، فإنها لا تكون قد أخطأت في تطبيق القانون (نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٦ ص ٢٥٦) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا اختلس أحد طرفي الصورية من الآخر الدليل الكتابي على الصورية ، جاز للآخر إثبات هذا الاختلاس ثم إثبات الصورية بجميع الطرق (استئناف مختلــط ١٣ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٥٧) . وأنظر أيضاً : نقض مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٣ ص ١٩٩ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٤ ص ٢٠٠ — ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ — وقارن : ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٢ ص ٧٠٨ .

(أنظر في هذه المسألة الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٢٧ ص ١٧٠ — ص ١٧٣ ، وبخاصة ص ١٧٢ هامش رقم ١ حيث يورد ملاحظات وجيهة على بعض أحكام محكمة النقض) .

(1) الوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلا إذا كان يستمد حقه في الطعن عليه من القانون مباشرة بأن يكون التصرف صادراً بقصد الإضرار بحقه كوارث وتحايلا على قواعد الإرث ، كما إذا كان في ظاهره بيعاً منجزاً وهو في حقيقته مضافاً إلى ما بعد الموت ويخفي وصية ، أو إذا صدر في مرض المورث فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية ، لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرف مورثه التي قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث التي تعتبر من النظام العام ، أما إذا كان مبنى الطعن غير ذلك كان حق الوارث في الطعن في التصرف في هذه الحالة إنما يستمد من مورثه باعتباره خلفاً عاماً له .

(جلسة ١٩٨٣/٦/٧ الطعن رقم ١٤ لسنة ٥٠ ق) .

(جلسة ١٩٨٣/٣/٢٤ الطعن رقم ١٦٣٦ لسنة ٤٩ ق) .

(جلسة ١٩٨٣/٢/٢٠ الطعن رقم ٤١٣ لسنة ٤٩ ق) .

(١) نقض مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ١ ص ١٢ — ١٨ يونية سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٧ ص ٤٨٥ — ٢٤ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٩ ص ٧٤٠ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣٨ ص ١٩٥ — استئناف أهلي أول يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٩٩ ص ٢١٣ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٦٠ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣٣ — ١٨ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٦٣ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١١٩ ص ٢٤٠ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠ المجموعــة =

٦٣٠ — الحالة الثانية — الدعوى مرفوعة من الغير : أما في هذه الحا

فيريد الغير إثبات صورية العقد الظاهر في مواجهة الطرفين [٢] . وهو لا يتقيد بالكتابة حتى لو كانت قيمة الالتزام في العقد الظاهر تزيد على خمسمائة جنيه [٣] ، فيجوز له إثبات

= الرسمية ٢٢ رقم ١٤٠ — استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢٨٩ ص ٣٢٥ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧ — استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٩٠ — ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٠ — ١٦ يونية سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٦٥ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٥٥ — ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠١ — ٦ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٩٠ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٨٠ — ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ — ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠ — وإذا استطاع الخصم إثبات عدم صحة ما ورد في العقد الظاهر ، كانت العلاقة القانونية بينه وبين خصمه هي العلاقة التي تكون بينهما لو لم يوجد هذا العقد الظاهر ، مادام لم يثبت أن هناك عقداً مستتراً يحدد هذه العلاقة (نقض فرنسي ٣٠ يناير سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٢٧٠) .

(١) بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٧ — دي باج ٢ فقرة ٦٢٩ — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٤ ص ٧٤ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٩٥ — ومن التطبيق للقواعد العامة جواز الإثبات بغير الكتابة إذا وجد مانع من الحصول عليها . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن علاقة الزوجية مانعة من الحصول على كتابة تثبت الصورية . فللزوجة أن تثبت صورية عقد البيع الصادر منها إلى زوجها بشهادة الشهود وبالقرائن (٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١٨١ ص ٢٥١) . وكذلك يجوز الإثبات بغير الكتابة في المواد التجارية (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٧) .

(٢) أما إذا أراد أحد طرفي العقد الصوري أن يثبت صورية العقد قبل الغير ، فلا يجوز له ذلك ، لأن للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كانت له مصلحة في ذلك ، حتى لو ثبتت صوريته . هذا ما لم يثبت أن الغير كان يعلم بالصورية ، فيسري عليه العقد المستتر ، ويجوز عندئذ أن يثبت أحد طرفي العقد الصورية قبل الغير .

(٣) نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٣ — ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤ ص ٢٦ — نقض جنائي ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٧٥ ص ٦٦٩ — استئناف أهلي أول يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ ص ٢١٣ — ١٠ أبريل سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ١٠٢ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ ص ٢٤٠ — استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢٨٩ ص ٣٢٥ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٤٦١ ص ٧٥٩ — أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ — ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٠٩ ص ٣٧٧ — ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩١ ص ٦٢٧ — ٢١ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٢٧ ص ٣٠٠ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٢٠ ص ٥٠٤ — استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٥ — ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٥٢ — ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١٥ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٢ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٥ — ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١٠ — ٢٨ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٧ — ١٥ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٥٤ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٤٣ — ١٦ يونية سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٦٥ — ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٨٩ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ١٦ ص ١٠٨ — ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠١ — ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩١ — ٢١ فبراير =

صورية العقد الظاهر بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن [1] [1] . ذلك أن الصورية ، بالنسبة إلى الغير ، تعتبر واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً ، فيجوز إثباتها بجميع الطرق [1] .

= سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٤٣ – ٦ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٩٠ – أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ – ٥ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١١ – ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ – ٨ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٠ – ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١ – ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١٣ – ٢٦ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٩ – ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٦ – ٦ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٣١ .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن الخلف الخاص لا يعتبر من الغير ، فلا يجوز له إثبات الصورية إلا بالكتابة (نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ وتعليق الأستاذ محمد حامد فهمي هامش ص ٣٨٨ – ص ٣٨٩) . ولكنها رجعت بعد ذلك عن هذا الخطأ ، وقضت بأن المشترى يعتبر من الغير في أحكام الصورية بالنسبة إلى مشترٍ آخر من نفس البائع له يزاحمه في الملكية ، فإذا أقام الحكم قضاءه بصورية عقد المشترى الآخر على القرائن وحدها ، فإنه لا يكون قد خالف قواعد الإثبات (نقض مدني ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤ ص ٢٦).

(١) ويجب أن تكون القرائن مقنعة ، وإلا فلا يحكم بالصورية (استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٥٢ – ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١٥ – ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٤٣) – ومن القرائن الصورية وجود علاقة زوجية أو قرابة ما بين المتعاقدين ، أو أن البائع بقى حائزاً للشيء المبيع ، أو أن المشترى لم يسجل عقد البيع (استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٥ – ١٣ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٨٢ – ٨ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٥٠ – ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ١٩ – ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٢ – ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤ – ٨ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١١٧ – ٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٣١) . ولكن ليس من الضروري أن يكون العقد صورياً بقيام هذه القرائن ، إذ هي قرائن قابلة لإثبات العكس (استئناف أهلي ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢/٢٧ – استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ – ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١٠ – ٩ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٤ – ١٥ يونية سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٦٩ – ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٧ – ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٤٥ – ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٧ – ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٧ – ٢٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٠ – ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠٠ – ١١ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢١ – ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٧ – ١١ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٠ – ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ – ١٣ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٥٧) . ومن القرائن على الصورية أن يشترى أب باسم ابنه عيناً حارماً ابنه الآخرين ولم يثبت أن للابن المشترى مالاً خاصاً (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٥ – ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٧٩) ، وأن يبيع شخص دون ضمان (استئناف مختلط ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٥) ، وأن يبيع الوارث بعد يومين من موت مورثه دون أن يحصل على إعلام شرعي ودون أن يطلب المشترى منه ما يدل على أنه وارث وما هو نصيبه من الميراث ودون أن يكون الوارث حائزاً للعين المبيعة (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٤) ، وأن يصدر البيع عقب إعلان الدائن مدينه البائع ويتصرف المشترى بعد ذلك مباشرة في العين المبيعة (استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٦٥) ، وأن يصدر البيع بعد بضعة أيام من الحكم على البائع بالدين ويسجل بعد ذلك بمدة طويلة ويثبت أن البائع جعل نفسه معسراً بهذا البيع وأن المشترى عالم بذلك (استئناف =

= مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٣٧) ، وأن يتنازل المستحق في وقف عن استحقاقه دون مقابل بشرط أن يعود إليه الاستحقاق فيما بعد وقد ثبت أن المستحق في الوقف كان مثقلاً بالديون وقت تنازله (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٠) ، وأن يتصرف المدين في ماله والدائن موشك أن يتخذ إجراءات قضائية قبله (استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٨١) ، وأن يتصرف المدين لأقارب ليس عندهم من المال ما يدفعونه مقابلاً لما تصرف فيه (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٧) ، وأن يقدم المشترى على الشراء بالرغم من إنذار دائن البائع له بأن البيع يقع إضراراً بحقوقه (استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢١) ، وأن يتقدم الدائن المطعون في سنده بالصورية بحكم غيابي على المدين وافق عليه هذا الأخير بالرغم من سقوطه (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٧) .

وعند تقدير القرائن ينظر إلى حالة المدين وقت التصرف لا بعده ، فإذا كان معسراً وقت تصرفه كان هذا قرينة على صورية هذا التصرف ، حتى لو أيسر بعد ذلك وقبل الطعن بالصورية (استئناف مختلط ١٥ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣) . ويجب أن ينظر إلى القرائن في مجموعها دون أن تفصل إحداها عن الأخرى (استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ٣٥٤ ص ٢٧٢) .

ولا يعتبر قرينة على الصورية أن يدفع المشترى جزءاً من الثمن مع وجود شرط في العقد يقضي بدفع الثمن جميعه فوراً (استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٨٤) ، ولا أن يكون الثمن بخساً (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٨٨٤ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٠ ص ١٨) ، ولا أن يكون التصرف قريباً من الوقت الذي امتنع فيه التاجر عن وفاء ديونه (المنصورة التجارية المختلطة ٦ يونية سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ رقم ٥٦ ص ٥٣) ، ولا أن يعطى المدين بعض منقولاته مقابلاً لوفاء دينه (استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٧) ، ولا أن يحل المشترى نفسه محل الدائنين المرتهنين في الرهون التي تثقل العقار المبيع فإن مثل هذا الاحتياط معقول (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٣) ، ولا أن تسجل عقود البيع المتتالية بالرغم من إمكان الاقتصار على تسجيل العقد الأخير (استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٤) .

ومن قضاء محكمة النقض في القرائن على الصورية أنه إذا تنازع مشترى العقار الذي لم يسجل عقده مع مشترٍ ثانٍ سجل عقده ، وطعن المشترى الأول بصورية العقد الثاني ، وقضت المحكمة بصوريته بانية حكمها على وضع يد المشترى الأول على العين المبيعة ، وعلى تأشير المساحة على عقد المشترى الثاني بأنه قد رفعت عن هذه العين دعوى صحة تعاقد من المشترى الأول ، وعلى علاقة المصاهرة بين البائع والمشترى الثاني وعلى أنه ليس من المعقول أن يجازف هذا المشتري بدفع قيمة الثمن كله – كما ورد في عقده – في حين أنه لا يجهل أن على الأرض ديناً ممتازاً ، وعلى ما قرره الشهود في التحقيق من أنهم يعلمون أن عقد المشتري الثاني صوري وأنه فقير لا ملك له ، وما قرره شهود المشترى الثاني من أنهم – على خلاف ما ادعى – لم يحضروا مجلس العقد ولم يشاهدوا دفعه الثمن إلى البائع – فهذه الأسباب من شأنها أن تؤدي إلى الصورية التي قالت بها المحكمة ، ولا يكون ثمة مجال للطعن على الحكم من هذه الناحية (نقض مدني ٦ يونية سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩١ ص ١٨٨) . وقضت مع ذلك بأنه إذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصورية عقد على أن المشترى قد اشترى العين مع علمه بسبق تصرف بائعه في هذه العين لغيره ، وبوضع يد هذا الغير عليها من تاريخ شرائه ، وتوانيه هو في رفع دعواه بصحة التعاقد الحاصل معه إلى ما بعد مضي سنة من تاريخ عقده ، فهذا الحكم يكون قاصراً إذ هذه القرائن لا تؤدي إلى الصورية (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٦ ص ٩٠) . وقضت بأنه يعتبر قرينة على صورية الرهن أن

الفرع الثالث

مقارنة دعوى الصورية بكل من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة

٦٣١ – الغرض من المقارنة : بعد أن فصلنا قواعد دعوى الصورية ، نقارن هذه الدعوى بكل من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة ، كما قارنا الدعوى البولصية بالدعوى غير المباشرة ، حتى نتبين ذاتية كل دعوى إزاء الدعويين الأخريين [٢] .

= يكون الدين المضمون بهذا الرهن صورياً ، وعلى العكس من ذلك دعوى صورية الرهن لا تقوم مادام لم يطعن في القرض نفسه بأنه صوري ، إذ لا يتصور قيام رهن صوري ضامن لقرض حقيقي (نقض مدني ٢٧ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٩ ص ١٦٩) . وقضت بأنه لا تعارض بين أن يكون المشترى في حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون الشراء الحاصل منه صورياً ، إذ لا تلازم بين حالة الإعسار وصورية العقد ، فإذا اقتنعت المحكمة بأن تصرفاً ما كان صورياً ، فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات المقدمة من المشترى إثباتاً ليسره ومقدرته على دفع الثمن ، فإن هذا لا يقدم ولا يؤخر (نقض مدني ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٨ ص ٢٩٦) . وقضت بأن تقدير كفاية أدلة الصورية مما يستقل به قاضي الموضوع ، فإذا هو رفض الدفع بالصورية بناء على أن كلا من طرفي الدعوى قد طعن على عقد الآخر بأنه صوري ، وأن ما قدمه كل منهما في سبيل تأييد دفعه من قرائن ، منها صلة القرابة بين البائع والمشترى وبخس الثمن وعدم وضع اليد تنفيذاً للبيع ، لا تكفي وحدها دليلا على الصورية ، فلا يقبل الطعن في حكمه بالقصور (نقض مدني أول يونية سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٤١ ص ٥٦٩) . وقضت بأن لمحكمة الموضوع الحق دائماً في بحث جدية الورقة التي تقدم في الدعوى مادام ذلك لازماً للفصل فيها ، فإذا أريد التمسك بورقة ضد الغير ، كان للمحكمة ، ولو لم يطعن أحد فيها بالصورية ، أن تعرض لها فتستنتج عدم جديتها وصوريتها من قرائن الدعوى ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كان استخلاصها سليماً (نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤١ ص ٣٨٩) .

(1) الوارث – المشترى من مورثه – اعتباره من الغير في أحكام الصورية بالنسبة للمشترى الآخر من نفس المورث لذات المبيع .
(جلسة ١٦/٥/١٩٩٦ الطعن رقم ٤٤٤٦ لسنة ٦٥ ق) .
(جلسة ٦/٤/١٩٩٥ الطعن رقم ٤١٠٤ لسنة ٦٠ ق) .
(جلسة ٢/١٢/١٩٩٣ الطعنان رقما ٢٤٠٠ ، ٢٤٣٨ لسنة ٥٩ ق) .
(جلسة ٧/٢/١٩٩٠ الطعن رقم ٢١٤٦ لسنة ٥٥ ق س ٤١ ح ١ ص ٤٧١) .

(١) ويجوز للغير الإثبات بجميع الطرق حتى لو لم يقصد أن يتوقى ضرراً من العقد الظاهر ، بل قصد أن يجني نفعاً من العقد المستتر (دي باج ٢ فقرة ٦٣٥ ص ٥٩٦ – عكس ذلك بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٤ ص ٧٥) .

(٢) أنظر في استقلال (antonomie) دعوى الصورية عن كل من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٧) .

وتقارن دعوى الصورية بالدعوى البولصية ، ثم بالدعوى غير المباشرة .

المبحث الأول

مقارنة دعوى الصورية بالدعوى البولصية

٦٣٢ – مقارنة إجمالية : يدعو إلى مقارنة الدعويين إحداهما بالأخرى شبـ واضح فيما بينهما . ففي كلتيهما يحاول المدين أن يتوقى تنفيذ الدائن على ماله [١] فيتصرف في هذا المال تصرفاً جدياً أو تصرفاً صورياً [٢] . وفي كلتيهما لا ينفذ تصرف المدين في حق الدائن .

ولكن الفرق بين الدعويين واضح كذلك . ففي دعوى الصورية لا يتصرف المدين في ماله تصرفاً جدياً ، وليس للعقد الظاهر وجود قانوني ، ولا وجود إلا للعقد المستتر لأنـ هو العقد الحقيقي ، ومن ثم لا ينتج العقد الصوري أثراً إلا بالنسبة إلى الغير حسن النية حتى يستقر التعامل . أما في الدعوى البولصية فالمدين يتصرف في ماله تصرفاً جدياً ، ومن ثم ينتج هذا التصرف أثره إلا بالنسبة إلى الدائنين . هذا إلى أن الدائن في دعوى الصورية يرمي إلى استبقاء شيء في ملك المدين لم يخرج منه ، أما في الدعوى البولصية فيرمي إلى إدخال شيء خرج من ملك المدين [٣] [1] .

(١) ويلاحظ أن الصورية قد تتخذ سبيلا للوصول إلى أغراض أخرى غير الإضرار بحقوق الدائن كما سبـ القول.

(٢) وفي الحالتين يكون التصرف تدليسياً . وقد قضت محكمة النقض بأن التصرف التدليسي هو أن يشار المتصرف له المدين في إجراء تصرف صوري أو في إجراء تصرف حقيقي يجعله في حالة إعسار بإخراج جز من أملاكه عن متناول دائنيه . فإذا كان التصرف بيعاً فسبيل إبطاله هو الطعن المبني على الصورية أو علـ الدعوى البولصية ، وفي هذه الحالة يجب التمسك بأن الثمن وهمي أو بخس أو بأنه حقيقي ولكن المتصرف اشترك مع المدين في إخراج هذا الثمن كله أو بعضه من مجموعة أمواله حتى أصبح في حالة إعسار لا يـ ماله بمطلوب غرمائه . والعبء في إثبات إعسار المدين بالصفة المطعون فيها يقع على الدائن (نقض مدني ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ٧ ص ١٣) .

(٣) أنظر في هذا المعنى : نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨١ ص ٢٨٥ – استئنا مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٠ .
وكثيراً ما كان يخلط بين دعوى الصورية والدعوى البولصية ، ولكن التمييز بينهما أصبح الآن واضـ (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٨٩٨ م ٢٢ ص ٢٨٩ – ٣ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٣ – ١٨ أبر سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩ – ١٣ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ – ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٨ – أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ – نقض فرنسي ١٦ مارس سنة ١٨٨٧ سيريه ٩٠ –

– ١– ٣٠١ – ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٥ – فقرة ٢٣٦ – لوران ١٦ فقرة ٤٩٧ – فقرة ٤٩٩ – لارومبير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ – هيك ٧ فقرة ٢٣٠ – فقرة ٢٣١ – والتون ٢ ص ١٤١).

ويجوز رفع الدعويين إحداهما بعد الأخرى لأنهما دعويان مختلفتان : فترفع أولا دعوى الصورية ثم بعد ذلك الدعوى البولصية . بل يجوز رفع الدعويين معاً ؛ فيبدأ الدائن بإثبات أن العقد الذي صدر من المدين صوري، ثم يطعن بعد ذلك في العقد الحقيقي بالدعوى البولصية . مثل ذلك هبة في صورة بيع : يبدأ الدائن بإثبات صورية البيع وأن حقيقة العقد هبة ، ثم يطعن بعد ذلك في الهبة بالدعوى البولصية فلا يحتاج إلى إثبات سوء نية الموهوب له بل ولا إلى سوء نية الواهب في القانون المصري (استئناف مختلط ٢٢ يونية سنة ١٩١٥ جازيت ٥ ص ١٦٨ – ٢٩ مايو سنة ١٩١٨ م ٢٩ ص ٤٥٤ – ١٦ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٥٠ – ١٤ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٥٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٩ – كولان وكابيتان وموراندبير ٢ فقرة ٤٥٨ ص ٣٣٤ – دي هلتس ١ action Paulienne فقرة ٢١) .

ويجوز للدائن كذلك في الدعوى الواحدة أن يطعن في تصرف مدينه بالصورية وبالدعوى البولصية معاً على سبيل الخيرة ، فيحاول إثبات الصورية أولا ، فإن لم ينجح انتقل إلى الدعوى البولصية (استئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٣ – ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٤٤ – ١٨ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩ – ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٨ – ١٠ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٤٦ – قارن: استئناف مختلط ١٣ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٧) . بل يجوز ، إذا هو أخفق في دعوى الصورية في محكمة أول درجة ، أن يطعن بالدعوى البولصية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (استئناف مصر ١٧ مارس سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٦ ص ١٤١ – عكس ذلك : استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٣٤ ص ٨٨٩) . ولكن لا يجوز أن يطعن بالدعوى البولصية أولا حتى إذا أخفق فيها طعن بالصورية، فإن الطعن بالدعوى البولصية يتضمن الإقرار بجدية التصرف ولا يتفق هذا مع الدفع بالصورية بعد ذلك (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٧ ص ٧٣٤ – استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣١ رقم ٣٢٢ ص ١١٠٢ – مصر الكلية الأهلية أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٨٥ – استئناف مختلط ١٦ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٥٠) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يوجد ما يمنع الدائن من تحويل الدعوى البولصية إلى دعوى الصورية (٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤) ، وقضت أيضاً بأنه يجوز للدائن ، إذا كان قد طعن في تصرف مدينه أمام محكمة أول درجة بالغش دون أن يبين ما إذا كان يعتبر التصرف صورياً أو جدياً ، أن يطعن في التصرف بالصورية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (٢٢ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٤١) .

هذا وإذا نجح الدائن في إثبات صورية العقد اكتفى بذلك ، ولا يصبح في حاجة إلى إثبات توافر شروط الدعوى البولصية (مصر الكلية الأهلية ٥ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٤٠ – استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٤٦) .

(1) وإن كان الطعن بالدعوى البولصية يتضمن الإقرار بجدية التصرف ، والطعن بالصورية يتضمن إنكار التصرف مما يقتضي البدء بالطعن بالصورية ، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من إبداء الطعنين معاً إذا كان الدائن يهدف بهما إلى عدم نفاذ تصرف المدين في حقه .

(جلسة ١٩٧٤/٤/٢٩ الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٩ ق س ٢٥ ص ٧٧٣) .

(جلسة ١٩٧١/٧/٢٥ الطعن رقم ٣٥٤ لسنة ٣٦ ق س ٢٢ ص ٣٢٨) .

(جلسة ١٩٥٤/٦/١٠ الطعن رقم ١١٩ لسنة ٢١ ق)

٦٣٣ – الفروق التفصيلية ما بين الدعويين : وتختلف الدعويان . في

أحكامهما التفصيلية ، من وجوه عدة ، نذكر منها :

(١) دعوى الصورية يرفعها الدائن والخلف الخاص وكل من له مصلحة مشروعة ولو كان أحد المتعاقدين ، أما الدعوى البولصية فلا يرفعها إلا الدائن [١] .

(٢) في دعوى الصورية يكفي أن يكون حق الدائن خالياً من النـــزاع [٢] ، فالدائن إلى أجل أو تحت شرط واقف يستطيع رفع هذه الدعوى [٣] . أما في الدعوى البولصية فلا يكفي خلو حق الدائن من النـــزاع ، بل يجب أيضاً أن يكون هذا الحق مستحق الأداء .

(٣) في دعوى الصورية لا يشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف الصوري ، أما في الدعوى البولصية فيشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه [٤] .

(١) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ – استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤٨ – ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ – جوسران ٢ فقرة ٧٠٧ .

(٢) أما إذا كان حق الدائن غير خال من النـــزاع ، فليس للدائن أن يستمر في إجراءات دعوى الصورية حتى يخلو الحق من النـــزاع باتفاق أو بحكم (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ١٢ ص ٥٠ – محكمة إسكندرية الكلية المختلطة ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ جازيت ١ ص ٣٢) .

(٣) هيك ٧ فقرة ٢٣١ – أوبري ورو ٤ طبعة خامسة فقرة ٣١٣ هامش رقم ٨ مكرر ثالثاً – بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٣ .

(٤) نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨١ ص ٢٨٥ – استئناف أهلي ١٣ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٥٣ – استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ – ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٧٤ ص ١٧٤ – أسيوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٥٠ ص ٤٣٧ – استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ – ٦ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣ – ١٢ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٧١ – ٨ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٥٠ – ٧ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨ – ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٠ – ٤ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٨١ – ١٢ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٠٨ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٥ – ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٤ – ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨٣ – ١٣ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١١٩ – أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ – ١٥ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١١ – ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٥ – ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٨ – ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٢ – ١٣ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٦٣ – ١٧ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١٩ – ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٦١ – ٩ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٨ .

وقد كان القضاء يخلط كثيراً في هذه المسألة ما بين دعوى الصورية والدعوى البولصية ، فيشترط في الأنس أن يكون حق الدائن سابقاً على تصرف المدين – هذا وقد يكون التصرف الصوري سابقاً على تاريخ التوقف عن الدفع ، ولا يمنع ذلك من رفع دعوى الصورية (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٧ – ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢١٢) .

(٤) في دعوى الصورية يجوز للدائن أن يرفع الدعوى حتى لو كان التصرف الصوري ، بفرض أنه جدي ، لا يسبب إعسار المدين أو يزيد في إعساره ، بل لا يشترط أن يكون المدين معسراً إطلاقاً ، لأن الدائن في هذه الدعوى يطلب تقرير أن التصرف غير موجود وهذه حقيقة لا يغير منها أن يكون المدين معسراً أو غير معسر . أما في الدعوى البولصية فيشترط أن يثبت الدائن أن التصرف المطعون فيه قد تسبب في إعسار المدين أو زاد في إعساره [1] .

(٥) في دعوى الصورية لا يشترط أن تكون الصورية قد قصد بها الإضرار بحقوق الدائن ، فقد يكون المقصود بها غرضاً آخر كما قدمنا ، ولا يمنع ذلك من أن يطعن الدائن في التصرف الصوري . أما في الدعوى البولصية فيشترط في المعاوضات قصد الإضرار بالدائن على النحو الذي سبق بيانه [2] .

(٦) دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم ، لأنها يراد بها تقرير أمر واقع ، وهذا الأمر يبقى واقعا مهما انقضى عليه من الزمن . أما الدعوى البولصية فتسقط بالتقادم ، وقد سبق بيان المدة التي تتقادم بها هذه الدعوى [3] .

(١) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٥ — ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٣ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٨ — ٢٤ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٩ — ١٢ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٩ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٦١ — ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٤ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٦ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٧ — لارومبيير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ — هيك ٧ فقرة ٢٣١ — بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٣ ص ٧٥٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٢ — والتون ٢ ص ١٤٢ .

ونرى من ذلك أنه كما لا يشترط إعسار المدين ، كذلك لا يشترط فيما إذا كان المدين معسراً أن تكون هناك علاقة بين التصرف الصوري والإعسار . فيستطيع الدائن أن يطعن بالصورية في تصرف مدينه حتى لو كان موسراً (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ جازيت ٦ رقم ٥٧ ص ٣٢) ، كما يستطيع الطعن بالصورية إذا كان المدين معسراً ولو لم يكن التصرف المطعون فيه سبب الإعسار أو زاد فيه . على أن الواقع في العمل — كما تقول الأساتذة بلانيول وريبير وردوان — أن الدائن إذا وجد مالا كافيا لاستيفاء دينه عند المدين غير المال الذي تصرف فيه هذا صوريا لا يتعب نفسه في رفع دعوى الصورية ، فهو لا يلجأ إليها فعلا إلا عند إعسار المدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٢ ص ٣٠٧) .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٣ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ٩ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٣٦ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٧ — هيك ٧ فقرة ٢٣١ — بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٣ ص ٧٥٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٢ .

(٣) لارومبيير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ — جرونيه فقرة ٣٣٥ — كولان وكابيتان ودي لاموراندبير فقرة ٤٥٨ ص ٣٣٤ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٧ — الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات فقرة ٣٦٦ ص ٣٥٨ — عكس =

(٧) في دعوى الصورية يجوز للمدين أن يسترد العين التي باعها صورياً للمشترى ، أما في الدعوى البولصية فلا يستطيع المدين ذلك لأن البيع الذي صدر منه بيع جدي .

(٨) في دعوى الصورية إذا تنازع ، في بيع صوري ، دائن البائع مع دائن المشترى ، قدم دائن المشترى إيثاراً للعقد الظاهر كما قدمنا [1] . أما في الدعوى البولصية فإنه إذا باع المدين عينا إضراراً بدائنه ، اعتبر البيع غير نافذ في حق الدائن ، وتقدم هذا الدائن في استيفاء حقه من العين على دائن المشترى [2] .

= ذلك : بودري وبارد ١ فقرة ٧٤٢ — والتون ٢ ص ١٤٢ — ص ١٤٣ . أنظر كذلك بلانيول وريبير واسمان (جزء ٦ فقرة ٣٤٥) وهم يوفقان بين الرأيين ، فدعوى الصورية نفسها لا تسقط بالتقادم ، ولكن قد ينشأ عن العقد الصوري مركز فعلي يثبت بالتقادم (أنظر استئناف مختلط ١٧ يونية سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٦١ — ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ — دي باج ٢ فقرة ٦٣٠) . وقد قدمنا أن دعوى الصورية قد تتضمن دعوى أخرى ، كدعوى بطلان الهبة المستترة في صورة بيع ، فدعوى صورية الهبة لا تسقط بالتقادم ، ولكن دعوى بطلان الهبة تتقادم كسائر دعاوى البطلان (أنظر آنفاً فقرة ٦٢٧) . ويميز بيدان ولاجارد بين دعوى الصورية والدفع بالصورية ، فالدعوى دون الدفع هي التي تسقط بالتقادم (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٥) .

(١) أما لو تنازع دائن البائع مع مشتر حسن النية من المشترى ، فالمشترى هو الذي يفضل ، سواء كان العقد صوريا أو كان جديا وقابلا للطعن فيه بالدعوى البولصية . وإذا تنازع دائن البائع مع موهوب له من المشترى ، ففي دعوى الصورية لا يقدم الدائن مادام الموهوب له حسن النية على خلاف في الرأي (أنظر آنفاً فقرة ٦٢٤ في الهامش) ، وفي الدعوى البولصية يقدم الدائن حتى لو كان الموهوب له حسن النية (أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ وهامش رقم ٥٣ — بودري وبارد ١ فقرة ٧٤٠ — جرونيه فقرة ٣٤٠ — قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٥ — الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات فقرة ٣٥٦ ص ٣٥٧) .

(٢) وقد قدمنا (أنظر آنفاً فقرة ٦٢٤ في الهامش) أن هذه النتيجة تبدو غريبة ، لأن دائن البائع لا يتحمل أثر تصرف جدي صدر من مدينه ، ويتحمل في الوقت ذاته أثر هذا التصرف لو كان صوريا ، وكان الأولى هو العكس . ولكن عند التأمل نجد أن المدين إذا صدر منه بيع صوري فلا تخلو الحال من أحد أمرين : (أ) إما أن يكون المدين متواطئاً مع المشترى بقصد الإضرار بالدائن ، وفي هذه الحالة يستطيع الدائن من الناحية العملية أن يتجنب الطعن في البيع بالصورية ، ويعتبر التصرف جدياً ، ويطعن فيه بالدعوى البولصية وقد توافرت شروطها ، فيقدم على دائن المشترى ولا يتحمل أثر تصرف صوري كان لا يتحمله لو كان التصرف جديا . (ب) وإما أن يكون تواطؤ المدين مع المشترى على الصورية لم يقصد به الإضرار بالدائن ، وفي هذه الحالة لو كان العقد جدياً لما أمكن الطعن فيه بالدعوى البولصية لعدم توافر شروط الإضرار بالدائن ، فلا يتحقق إذن أن يكون العقد الصوري أقوى نفاذاً من العقد الجدي (نظرية العقد للمؤلف ص ٨٥٥ هامش رقم ٣) .

هذا وقد كان يوجد في عهد التقنين المدني السابق بين الدعويين فرق هام آخر ، هو أن الدائن في دعوى الصورية يشاركه سائر الدائنين (استئناف مختلط ٢٣ يونية سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٢٧) ، أما في الدعوى البولصية فيستأثر وحده بفائدة الدعوى . وقد رأينا أن التقنين المدني الجديد قد محا هذا الفرق بجعله الدائن . =

المبحث الثاني

مقارنة دعوى الصورية بالدعوى غير المباشرة

٦٣٤ – وجوه الشبه : يتبين مما قدمناه في دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة أن هناك شبهاً واضحاً بين الدعويين من حيث الشروط والأحكام . فقد رأينا أنه لا يشترط في دعوى الصورية أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ولا أن يكون هذا الحق سابقاً على التصرف الصادر من المدين ، وهذا هو الأمر في الدعوى غير المباشرة . ورأينا كذلك أن دعوى الصورية تفيد جميع الدائنين على السواء ، من اشترك منهم في الدعوى ومن لم يشترك ، وهذا هو أيضاً حكم الدعوى غير المباشرة .

وحتى نضع دعوى الصورية إلى جانب الدعوى غير المباشرة في صورة واضحة ، نفرض أن مدينا باع عينا مملوكة له بيعاً صورياً . فدائن البائع يستطيع أن يطعن في العقد بالصورية ، ولا يشترط لذلك أن يكون حقه مستحق الأداء أو أن يكون سابقا على التصرف الصوري ، وإذا نجح في دعواه استفاد معه سائر الدائنين .ويستطيع الدائن أيضاً ، بدلا من الطعن بالصورية ، أن يستعمل حق مدينه البائع في التمسك بالعقد المستتر ، فيصل إلى نفس النتيجة التي يصل إليها من وراء الطعن بالصورية ، وهو في ذلك أيضاً لا يشترط فيه أن يكون حقه مستحق الأداء ولا سابقا على التصرف الصوري ، كما أن التمسك بالعقد المستتر يفيد سائر الدائنين .

٦٣٥ – وجوه الخلاف : على أنه بين أن يطعن الدائن بالصورية في العقد الظاهر وأن يستعمل الدعوى غير المباشرة فيتمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين ، توجد الفروق الآتية :

= في دعوى الصورية والدعوى البولصية على السواء ، لا يستأثر وحده بالتنفيذ على العين، بل يشترك معه في ذلك سائر الدائنين .

أنظر في هذه المقارنة التفصيلية : بودري وبارد ١ فقرة ٧٣١ – فقرة ٧٣٣ – ديموج ٧ فقرة ١١٤٢ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧١ – فقرة ٩٧٢ – بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٦ – دي باج ٢ فقرة ٦٤٢ و ٣ فقرة ٢٥٩ – فقرة ٢٦٠ – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٥٨ – فقرة ٦٥٩ – الأستاذ إسماعيل عانم فقرة ١٢١ .

(١) إذا طعن الدائن في العقد الظاهر بالصورية رفع الدعوى باسمه هو ، وإذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين رفع الدعوى باسم هذا المدين . ويترتب على ذلك أنه في الحالة الأولى يستطيع إثبات الصورية بجميع الطرق لأنه من الغير . أما في الحالة الثانية وهو يعمل باسم المدين ، فلا يستطيع الإثبات إلا بالطرق التي يستطيعها المدين ، فيجب الإثبات بالكتابة فيما جاوزت قيمته خمسمائة جنيه ، أو فيما لا يجاوز هذه القيمة إذا كان العقد الظاهر مكتوباً [1] .

(٢) وإذا طعن الدائن بالصورية ، فليس في حاجة إلى إثبات إعسار المدين . أما إذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن مدينه ، وجب عليه أن يثبت أن المدين يصبح معسراً أو يزيد إعساره إذا لم يتمسك بهذا العقد .

(٣) إذا اختار الدائن دعوى الصورية ، لم يستطع المشترى أن يدفع هذه الدعوى بدفع خاص بالعقد المستتر . أما إذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين ، كان للمشترى أن يدفع هذه الدعوى بكل الدفوع التي يستطيع أن يدفع بها دعوى البائع لو كان هذا هو الذي تمسك بالعقد المستتر [2] .

(٤) ويتبين مما تقدم أن الدائن يفضل الطعن باسمه بالصورية في العقد الظاهر ، فهذا خير له من التمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين عن طريق الدعوى غير المباشرة ، وذلك من جميع الوجوه المتقدمة الذكر [3] .

(١) دعولومب ٣٠ فقرة ١٧٩ وفقرة ١٨١ وما بعدها وفقرة ٥٩٠ – لوران ١٩ فقرة ٦٠٣ – لاروميير ٦ م ١٣٤٨ فقرة ١٨ وفقرة ٢١ – بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٤ وفقرة ٧٣٧ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٣ – كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٤٥٧ – والتون ٢ ص ١٤٣ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٦ – الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٦١ .

ولكن يلاحظ أنه حتى فيما بين المتعاقدين يمكن إثبات الصورية بجميع الطرق إذا كان هناك تحايل على القانون كما سبق القول ، وكذلك الأمر فيما لو رفع الدائن دعوى الصورية باسم المدين عن طريق الدعوى غير المباشرة (دعولومب ٣٠ فقرة ١٨٢ وفقرة ١٨٤ – فقرة ١٨٨ – لاروميير ٦ م ١٣٤٨ فقرة ١٨ – فقرة ١٩ – بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٧ .

(٢) هيك ٧ فقرة ٢٣٠ – بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٤ – فقرة ٧٣٥ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٦ ص ٣١١ – والتون ٢ ص ١٤٣ – دي باج ٣ فقرة ٢٥٨ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٦ .

هذا ، وفي غير المثل الذي نحن بصدده ، يلاحظ أيضاً أن دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم ، وتسقط الدعوى غير المباشرة بالمدة التي يسقط بها الحق الذي يستعمله الدائن . أما في المثل الذي نحن بصدده ، فإن الحق الذي يستعمله الدائن هو بالذات دعوى الصورية التي يرفعها المدين ، وهذه أيضاً – كدعوى الصورية التي يرفعها الدائن – لا تسقط بالتقادم (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٦ ص ٨٥٧) .

(٣) أنظر في كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٥ – فقرة ٧٦٦ .

الفصل الرابع

الحق في الحبس *

(Droit de rétention)

تمهيد – تكييف الحق في الحبس

٦٣٦ – كيف نشأ الحق في الحبس : يرجع ذلك إلى عهد القانون الروما فقد كان الحائز لعين لا يملكها وهو يعتقد أنها ملكه، إذا أنفق مالا في حفظها أو في تحسينه وأراد المالك أن يسترد العين ، أعطى البريتور الروماني للحائز دفعاً بالغش (xceptio doli يدفع به دعوى الاسترداد حتى يسترد ما صرفه في حفظ العين وفي تحسينها [1] . وكذلك

* مراجع : رينو (Raynaud) في الدفع المستمد من عدم التنفيذ رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ - جونسكو (Jonesco) في حق الحبس رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ – بينو (Pinot) بحث في إقا نظرية في حق الحبس من الناحية التشريعية رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ – بوجاناتو (Poganato) حق الحبس رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ – بوب (Bobes) تطبيقات في حق الحبس رسالة من بار سنة ١٩١٣ – كاسان (Cassin) في الدفع المستمد من عدم التنفيذ في العلاقات التبادلية رسالة م باريس سنة ١٩١٤ – بودري ولوان (Loynes) جزء أول في حق الحبس فقرة ٢٢٠ وما بعدها - جيبوار (Guillouard) في رهن الحيازة وحق الحبس – بيدان وفواران (Voirin) جزء ١٣ فق ٢٦٩ وما بعدها – كابيتان في السبب فقرة ١٢١ وما بعدها – دريدا (Derrida) بحث في أساس ح الحبس رسالة من الجزائر سنة ١٩٤٠ – الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء رسا من القاهرة سنة ١٩٤٥ – أنسيكلوبيدي داللوز ٤ لفظ (Rétention) ص ٧٠٣ وما بعدها (دريدا) - مقال لسالي (Saleilles) في الامتناع عن الوفاء لعدم تنفيذ العقد (حوليات القانون التجاري سنة ٨٩٢ – ١٨٩٣) .

مراجع في القانون المصري : الأستاذ عبد السلام ذهني في التأمينات فقرة ٢٩١ وما بعدها . الأستاذ محم كامل مرسي في التأمينات الشخصية والعينية طبعة ثالثة فقرة ٦٤٤ وما بعدها – الأستاذ سليمان مرقس التأمينات فقرة ٤٠١ – فقرة ٤٢٧ – الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات الشخصية والعينية فق ١٥٨ – فقرة ١٧٢ – الأستاذ عبد الحي حجازي ٣ ص ٢١٧ – ص ٢٢١ – الأستاذ إسماعيل غانم أحكام الالتزام فقرة ١٣٢ – فقرة ١٤٨ – وأنظر في الدفع بعدم تنفيذ العقد : نظرية العقد للمؤلف فق ٦٦٦ – فقرة ٦٧٧ – الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٤٩٢ – فقرة ٥٠٣ – الأستاذ حلمي بهجة بدوي في نظرية العقد فقرة ٣٥٣ – فقرة ٣٦٠ – الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت في نظرية الالتزام فق ٣٧٧ فقرة ٣٧٩ .

(١) ذلك أن الحائز – حسب قواعد القانون المدني العتيق – لم يكن يحق له أن يسترد ما صرفه على العين، فه لم يكن وقت الصرف وكيلا عن المالك ولا فضولياً إذ كان يعمل لمصلحة نفسه لا لمصلحة المالك. وا كانت هذه نتيجة غير عادلة ، عمل البريتور على تفاديها ، حسب قواعد العدالة ، فضمن دعوى الاستردا دفعاً بالغش ، بموجبه لا يكون الحائز ملزماً برد العين قبل أن يستوفي ما أنفق من المصروفات .

أعطى هذا الدفع بالغش في العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة ، إذا أنفق المودع عند مالا على الوديعة وكان له الحق في استرداد ما أنفق . وكان هذا الدفع مفهوماً ضمناً في العقود الملزمة للجانبين – إذ هي كلها عقود تنطوي على حسن النية (contrats de bonne foi) – وبموجبه يستطيع كل من المتعاقدين أن يقف تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل ، وهذا ما سمي بعد ذلك في القانون الفرنسي القديم بالدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) .

فمنشأ الحق في الحبس والدفع بعدم تنفيذ العقد كان إذن واحداً في القانون الروماني ، كلاهما يقوم على دفع بالغش . ولكن العلاقة فيما بينهما انفصمت في عصور القانون الفرنسي القديم ، عندما اختفى الدفع بعدم التنفيذ وراء فسخ العقد ، والتصق الحق في الحبس بالأعيان المادية وأصبح يعتبر حقاً عينياً [1] . وهذه الصورة الأخيرة هي التي انتقلت إلى التقنين المدني الفرنسي .

٦٣٧ – الحق في الحبس في القانون المدني الفرنسي : لم يضع التقنين المدني الفرنسي نظرية عامة لا للحق في الحبس ولا للدفع بعدم تنفيذ العقد ، واقتصر – متأثراً في ذلك بالحالة التي كان عليها القانون الفرنسي القديم – على إيراد تطبيقات معينة ضمنها بعض نصوص متناثرة [2] . وبقي الفقه الفرنسي ، طوال القرن التاسع عشر، يعالج الموضوع على أساس أن للحبس حالات معينة مذكورة على سبيل الحصر ، وليست له نظرية عامة . وفي مفتتح القرن العشرين نقل سالي عن التقنين المدني الألماني النظرية العامة للدفع بعدم التنفيذ ، فكان ذلك حافزاً للفقه الفرنسي أن يجعل من الحبس نظرية عامة .

(١) وكان رجال القانون الكنسي هم الذين استخلصوا مبدأ الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة الناشئة من علاقة قانونية واحدة (régle des corrélatifs) ، ورتبوا على هذا المبدأ أن أياً من الطرفين لا يجبر على القيام بالتزامه نحو الطرف الآخر إذا كان هذا الطرف الآخر لم يقم هو نفسه بما عليه من التزام. وجاء بعد ذلك الفقهاء اللاحقون لعهد التحشية (postglossateurs) وبنوا من النصوص الرومانية القائمة على هذا المعنى نظرية الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وأعطوها هذا الاسم بعد أن نسبوها للقانون الروماني . ثم جاء الفقيه كيجاز Cujas ومدرسته وردوا النصوص الرومانية إلى أصلها ، وقصروا الدفع بعدم التنفيذ على الحالات المعينة التي وردت فيها هذه النصوص ، فضاعت وحدة النظرية، وتفككت تطبيقاتها ، بل وانطمس اسمها . وساعد على ذلك أن القضاء استعان – في ملء الفراغ الذي خلفه تفكيك النظرية – بنظرية الفسخ التي اختفى وراءها الدفع بعدم التنفيذ ، وبنظرية الحبس التي انفصمت عن نظرية الدفع بعدم التنفيذ بعد أن أصبح الحبس ملتصقاً بالأعيان المادية واعتبر حقاً عينياً ، وكان يقول بعينيه كل من ديمولان وبوتييه (أنسكلوبيدي داللوز فقرة ٤٣٩ – بودري ولوان ١ فقرة ٢٢٨) .

(٢) أنظر مثلا المواد ٥٤٥ و ٨٦٧ و ١٦١٢ و ١٦١٣ و ١٦٧٣ و ١٧٤٩ و ١٩٤٨ و ٢٢٨٠ من التقنين المدني الفرنسي .

وقام خلاف في فرنسا هل الحق في الحبس حق عيني ؟ فقال بعض الفقهاء بذلك [1] ولكن الغالبية — لا سيما في الفقه الفرنسي المعاصر — لم تر فيه حقاً عينياً [2] ، إذ هو يف المقومات الأساسية للحقوق العينية ، فليس ينطوي على حق في التقدم ولا على حق في التت ولا هو خاضع لإجراءات الشهر [3] .

ومنذ أنكر على الحق في الحبس أنه حق عيني ، كان الرأي الراجح في القانو الفرنسي أن هذا الحق ليس مقصوراً على الحالات التي نص عليها التشريع ، وليست هذ الحالات مذكورة على سبيل الحصر ، بل يجوز أن يمتد الحق في الحبس إلى حالات مماثلة ع طريق القياس ، بعد استخلاص قاعدة عامة ترد إليها جميع حقوق الحبس [4] .

ولا يكفي بطبيعة الحال أن يكون هناك دينان ما بين شخصين ، أحدهما دائن للآ ثم هو مدين له في الوقت ذاته ، فيحبس المدين الدين الذي عليه حتى يستوفي الحق الذي له وهذا إنما يقع في المقاصة القانونية ، عندما يكون الدينان من نوع واحد وتوافرت فيهما سا شروط المقاصة ، فعند ذلك ينقضي الدينان بالمقاصة ، ولا يقتصر الأمر على الحبس أو وقف التنفيذ [5] .

وإنما يجب أن يكون هناك ارتباط (lien de connexité) ما بين الدينين ، وهو الارتباط يتحقق في إحدى صورتين :

(١) إما أن يكون أحد الدينين قد نشأ بمناسبة الشيء الواجب الأداء lebitum cum re junctum) ، فيحبس المدين الشيء الذي يجب عليه أداؤه حتى يستوفي الدين الذ نشأ بمناسبة هذا الشيء ، وذلك كمصروفات الحفظ والصيانة والتحسينات التي ينفقها الحا على العين التي في حيازته ، وكالتعويض عن الضرر الذي يحدثه الشيء للحائز ، ففي هات

---

(١) أنظر : كابري (Cabrye) في حق الحبس فقرة ٧٤ — جلاسون (Glasson) في حق الحبس ص وما بعدها — كاسان (Cassin) ص ٦٦٥ — سرفي (Surville) ٢ فقرة ٥٤١ — بون (Pont) فقرة ٢١ — فقرة ٢٢ — بيدان ١ فقرة ٢٥١ — فقرة ٢٥٧ .

(٢) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٣ هامش رقم ٢٠ — بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٢٨ — لو ٢٩ فقرة ٢٩٢ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٩ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٤٧٦ بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٢٨٣ — جوسران ٢ فقرة ١٤٧٠ — فقرة ١٤٧١ — قارن في معنى العيني : أنسيكلوبيدي داللوز ٤ لفظ Rétention فقرة ٩٢ — فقرة ٩٣ .

(٣) إما أنه لا ينطوي على حق تقدم ، فسنرى أن الحبس لا يكسب امتيازاً للدائن الحابس على غيره من الدائ وإما أنه لا ينطوي على حق تتبع ، فلأن الحابس إذا تخلى عن حيازة العين المحبوسة فقد حقه في الحبس يستطيع استرداده . ولم ينظم القانون إجراءات خاصة لشهر حقوق الحبس .

(٤) بودري ولوان ١ فقرة ٢٣٠ — فقرة ٢٣٢ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٤ .

(٥) بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٤ ص ٥٩٧ وهامش رقم ٢ .

الحالتين يكون للحائز أن يحبس العين حتى يسترد هذه المصروفات أو يتقاضى هذا التعويض، فقد نشأ الدين بالمصروفات أو بالتعويض بمناسبة الشيء محل الحيازة .

(٢) وإما أن يكون الارتباط آتيا من أن كلا الدينين مصدره عقد واحد أو علاقة قانونية واحدة ، وذلك كالبائع يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن ، وكالمشترى يحبس الثمن حتى يتسلم المبيع ، وكل من البائع والمشترى بعد فسخ البيع أو إبطاله يسترد ما سلمه إلى الآخر فلا يرد أحدهما ما أخذه إلا بعد أن يسترد ما أعطاه [1] .

٦٣٨ — حق الحبس في التقنين المدني المصري السابق : لم يكن هناك شك في أن حق الحبس في التقنين المدني المصري السابق كان حقاً عينياً [2] ، فنصوص هذا التقنين كانت صريحة في هذا المعنى . كانت المادة ١٩/٥ من هذا التقنين تعدد الحقوق العينية التي يمكن أن تترتب على الأموال ، فتذكر على سبيل الحصر حق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الامتياز وحق الرهن وحق الاختصاص وحق الحبس. وكانت المادة ٦٧٨/٥٥٤ تعدد أنواع الدائنين ، فتذكر أولا الدائنين العاديين الذين لا يضمن ديونهم حق عيني ، ثم تعقب بالدائنين ذوي الحقوق العينية فتذكر الدائنين المرتهنين، فالدائنين الحاصلين على حق اختصاص ، فالدائنين الممتازين بسبب رهن حيازة أو حق من حقوق الامتياز ، فالدائنين " الذين لهم حق صالح للاحتجاج به على جميع الدائنين الأخرين في حبس ما تحت أيديهم من ملك مدينهم إلى حين استيفاء ديونهم " . وإذا عرضت مناسبة ، في نص من نصوص هذا التقنين ، لذكر الحقوق العينية ، كان حق الحبس يذكر صراحة بينها . فقد كانت المادة ١٤٦/٩٢ تنص على أن " التعهد بإعطاء حق عيني على عقار أو منقول ينقل ذلك الحق ، بشرط عدم الإخلال بحق الامتياز والرهن العقاري والحبس " . وكانت المادة ٢٥٣/١٨٩ ، وهي تفصل أحكام التجديد (الاستبدال) ، تذكر أنه يجوز الاتفاق على " أن التأمينات العينية كالامتيازات ورهن العقار وحبس العين تكون تأمينا على الدين الجديد " .

ومنذ جعل حق الحبس في هذا التقنين حقاً عينياً ، فصل بطبيعة الحال عن الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وعددت حالاته على سبيل الحصر ، شأنه في ذلك شأن سائر الحقوق العينية . فكانت المادة ٧٣١/٦٠٥ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : " يكون الحق في حبس العين في الأحوال الآتية، فضلا عن الأحوال المخصوصة المصرح بها في القانون [3] :

---

(١) بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٥ .

(٢) أنظر مع ذلك : استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤١ .

(٣) هذه الأحوال المخصوصة التي كان مصرحاً بها في التقنين المدني السابق هي : (أ) حق البائع في حبس المبيع حتى يقبض الثمن (م ٢٧٩/٣٥٠) . أما حق المشترى من حبس الثمن إذا حصل تعرض له في وضع يده =

أولا – لدائن الذي له حق امتياز [1] . ثانياً – لمن أوجد تحسينا في العين، ويكون حقه من أجل ما صرفه أو ما ترتب على مصرفه من زيادة القيمة التي حصلت بسبب التحسين على حسب الأحوال [2] . ثالثاً – لمن صرف على العين مصاريف ضرورية أو مصاريف لصيانتها [3] " .

وكان يمكن على أساس هذه النصوص وضع نظرية عامة لحق الحبس في التقنين المدني السابق . فحق الحبس هو الحق العيني [4] الذي يثبت لغير المالك على الشيء الذي في حيازته

= على المبيع أو ظهر سبب يخشى منه نزع الملكية (م ٤١١/٣٣١) فيستعصي في التكييف أن يكون حقاً عينياً ، لأن الثمن دين في ذمة المشتري وليس بعين محبوسة ، وهو قبل دفعه ملك للمشتري والشخص لا يكون له حق عيني على ملكه ، وإنما يكون هذا الحق تطبيقاً من تطبيقات الدفع بعدم تنفيذ العقد . (ب) حق المستأجر في حبس العين المؤجرة عند بيعها بيعاً يكون سبباً في فسخ عقد الإيجار، حتى يستوفي من المؤجر أو من المشتري التعويض الواجب له (م ٣٩٠ فقرة ٤٧٧/٢) . (ج) حق حافظ الوديعة في حبس العين المودعة ، حتى يستوفي من المودع " المصاريف المنصرفة منه لحفظها ويعطيه بدل الخسارات التي نشأت له عنها (م ٤٨٨ فقرة ٥٩٧/٢) .

وهناك نصوص أخرى ، في غير التقنين المدني ، تعطي للدائن حق الحبس : (أ) حق الوكيل بالعمولة في حبس البضائع التي تحت يده (م ٨٥ تجاري) . (ب) حق القبودان في حبس البضائع التي في السفينة (م ١٢٥ بحري) . (ج) حق المنزوع ملكيته للمنفعة العامة في حبس العقار ، حتى يستوفي من نازع الملكية التعويض المستحق له . أنظر في ذلك : الأستاذ صلاح الدين الناهي فقرة ١٧٥ ص ١٨٤ هامش رقم ١ ، وفي القانون الفرنسي : أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٥٧ هامش رقم ٢ .

(١) ولو كان حق الامتياز هذا غير مبني على فكرة الرهن الضمني ، فمن أنفق على شيء لحفظه أو ترميمه كان له حق امتياز عليه ، وكان له أيضاً أن يحبسه . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز للميكانيكي الذي أصلح سيارة أن يحبسها حتى يستوفي أجرة إصلاحها (١٣ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧٠) .

(٢) استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٦ ص ١٣٧ – استئناف مختلط ١٦ يونية سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٢ – ٧ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٢٧ – ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٤٦ – ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨٣ – ١٤ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥٠٠ – ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ – ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ – قارن : استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٣ ص ٦٩ .

(٣) استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧٠ – ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ .

(٤) على أن الفقهاء عند تعرضهم للآثار التي تترتب على حق الحبس لاحظوا أنه لا يخول للدائن حق تقدم أو حق تتبع بالمعنى المألوف ، فدفعهم ذلك إلى القول بأن حق الحبس حق عيني من نوع خاص (sui generis) (الأستاذ محمد كامل مرسي في التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٣٨ فقرة ٦٤٦) . وذهبت محكمة الاستئناف المختلطة في أحد أحكامها إلى أن حق الحبس حق شخصي لا حق عيني ، وأنه لا يخول صاحبه مزية التتبع ، فإذا رفعت يد الوكيل عن عقارات موكله عنوة ، ولم يطلب استردادها لاستعمال حق الحبس عليها من أجل المصروفات التي أنفقها ، كان دينه ديناً عادياً (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤١ ، وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه) . وأنظر في أن حق الحبس حق عيني : محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٩١ ص ٩٧٨ .

إلى حين استيفاء دينه بتمامه . ومصدره نص في القانون ، فلا يجوز الاتفاق على خلق حق حبس غير ما نص عليه القانون ، وذلك فيما عدا رهن الحيازة حيث يثبت حق الحبس بالاتفاق . فأركان حق الحبس إذن ثلاثة : (١) نص في القانون ينشئه (٢) دين صحيح حال الحائز في ذمة المدين (٣) شيء مملوك للمدين تحت حيازة الدائن. ولا يقع الحبس على الأشياء المعنوية كحق الانتفاع ، ولا على ما لا يجوز بيعه كحق الاستعمال وحق السكنى وحق المستحق في الوقف . وقد يكون الشيء المحبوس مملوكاً لغير المدين كأمتعة المستأجر من الباطن . ويجب أن تتم الحيازة على وجه قانوني ، لا خلسة أو غشاً أو إكراهاً . ولما كان حق الحبس حقاً عينياً ، فإنه يتضمن حق تتبع على نحو خاص ، فيجوز لمن له حق الحبس أن يتمسك بحقه في مواجهة مالك العين ودائنيه والخلف العام والخلف الخاص ، ولكنه إذا تخلى عن الحيازة اختياراً لم يجز له أن يستردها وفقد حقه في الحبس . ويتضمن حق الحبس أيضاً حق تقدم ولكن بطريقة غير مباشرة ومن ناحية عملية ، فصاحب هذا الحق يستطيع أن يستبقي الشيء في حيازته حتى يستوفي الدين الذي له وبذلك يتقدم عمليا على غيره من الدائنين [1] . ولكن حق الحبس، بالرغم من عينيته ، لم يكن خاضعاً لإجراءات الشهر ، على خلاف في الرأي [2] .

وقد حاول الفقه المصري ، في عهد التقنين المدني السابق ، أن يشكك في عينية حق الحبس، وأن يضع إلى جانب هذه العينية فكرة أن الحق في الحبس ليس إلا دفعا بعدم التنفيذ، فهو ليس بحق عيني ولا بحق شخصي . ولكن صراحة النصوص في التقنين المدني السابق كانت قاطعة في أن هذا التقنين يعتبر حق الحبس حقاً عيناً . فلم تكن هذه المحاولات الفقهية

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن حق الحبس لا يعطي صاحبه لا حق التتبع ولا حق الأولوية ، وليس لصاحبه إلا رفض التسليم ، وإذا بيعت العين فلا يدخل في التوزيع إلا كدائن عادي . ولكن من جهة أخرى فإن دائني صاحب العين وخلفاءه لا يمكنهم رفع يد الحابس إلا بعد سداد المبالغ التي له ، وإذا بيعت العين لم يمكن المشترى تسلمها إلا إذا دفع الدين المطلوب عليها للحابس . فهو من هذه الجهة شبيه بالحق العيني ، ويمكن الاحتجاج به على صاحب العين أو من تلقى الملك عنه ، ولواضع اليد إلا يسلم الشيء إلا إذا دفع له قيمة ما صرفه (٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤) .

(٢) فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن حق الحبس الذي قد يكون للمقاول بالنسبة إلى ما صرفه على العمارة لا يقتضي حق التتبع ، ولا يمكن الاحتجاج به قبل الغير ، إلا إذا كان ناشئا عن امتياز مسجل تسجيلا صحيحا (١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٠٨ ص ٦٣٨) . وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأن حق الحبس يعتبر حقاً عينياً ، لأن ما يترتب عليه من الآثار الفعلية يعادل تماماً ما يترتب من الآثار القانونية على الحقوق العينية ، أي حق التتبع والامتياز ، وعلى ذلك فلا ينشأ هذا الحق إلا بتسجيله لا بمجرد التعاقد (٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٩١ ص ٩٧٨ وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه) .

إلا بمثابة إرهاصات تؤذن بما يكون عليه المستقبل ، وقد دفعت فعلا عند تنقيح التقنين المدني إلى الرجوع بالحق في الحبس إلى طبيعته الحقيقية من أنه دفع وليس بحق ، فسار على النهج التقنين المدني الجديد [1] .

٦٣٩ – الحق في الحبس في التقنين المصري الجديد : هجر التقنين المدني الجديد نظرية التقنين المدني السابق في أن الحق في الحبس حق عيني . وقد جارى التقنين الجديد بهذا النهج التطور الحديث في الفقه والتشريع [2] ، وجعل من الحق في الحبس نظرية عامة تنبسط على جميع نواحي القانون ، ولا تنحصر في حالات معينة تتناثر في ا لنصوص المتفرقة . ذلك أن الحق في الحبس يقوم في أساسه على مبدأ عام ، هو أن الدائن إذا كان مدينا في الوقت ذاته لمدينه ، فمن حقه بقدر الإمكان أن يستوفي الدين الذي له من الدين الذي عليه . وهذا المبدأ يقوم على اعتبارات تمليها بداهة المنطق ومقتضيات العدالة ، وتمتد في جذورها إلى أعماق التاريخ فقد كان القانون الروماني كما قدمنا يعالج الحالات التي تتجمع حول هذا المبدأ بعلاج واحد هو الدفع بالغش (exceptio doli) .

ونجد تطبيق هذا المبدأ كاملا في المقاصة القانونية . فحيث يكون الدائن مدينا لمدينه، وتتوافر في الدينين صفات معينة بأن يكونا خاليين من النـزاع وحالين ومن جنس واحد ، فكل دائن منهما يستوفي الدين الذي له من الدين الذي عليه ؛ فيقال أن الدينين قد انقضيا قصاصا بقدر الأقل منهما [3] .

(١) وكنا ممن ينتقد ، في عهد التقنين المدني السابق ، عينية الحق في الحبس التي اعتنقها هذا التقنين ، كاشفين عن حقيقته من أنه دفع لا حق (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٨ ص ٧١٣ هامش رقم ١) . ولا ضرر يعود على الغير من اعتبار الحق في الحبس دفعاً سارياً في حقه دون أن يشهر ، ذلك أن الدائن ، إذا حبس عن دينه ما عليه هذا المدين حتى يستوفي حقه المرتبط بالدين المحبوس ، فإنه لا يثري على حساب مدينه ، بل يتجنب أن يثري المدين نفسه على حسابه هو (أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٩) .

(٢) أنظر التقنين المدني الألماني (م ٢٧٣ – ٢٧٤ و م ٣٢٠ – ٣٢٢) والتقنين المدني الأرجنتيني (م ٣٩٣٩ – ٣٩٤٦) . أما التقنين المدني السويسري (م ٨٩٥ – ٨٩٨) فيبدو أنه يعتبر حق الحبس حقاً عينياً (أنظر بنوع خاص م ٨٩٨) . وانظر في حق الحبس وبوجه عام الامتناع المشروع عن الوفاء في الفقه الإسلامي الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ٣٤٠ وما بعدها .

(٣) وتختلف المقاصة عن الحبس في أمرين : (أ) يشترط في المقاصة اتحاد جنس الدينين دون حاجة إلى قيام ارتباط فيما بينهما . وعلى النقيض من ذلك الحبس ، فيشترط فيه الارتباط دون اتحاد جنس الدينين . (ب) المقاصة سبب لانقضاء الدينين بقدر الأقل منهما ، فهي وسيلة ضمان ووسيلة استيفاء . أما الحبس فيبقى الدينين قائمين وأحدهما ضامن للآخر ، فهو وسيلة ضمان دون أن يكون وسيلة استيفاء (بودري ودي لوان فقرة ٢٢٠ – جوسران ٢ فقرة ١٤٦٦ – الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات ص ٦١٩ هامش رقم ٢ – الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٩٢ – فقرة ١٩٨) .

ثم نجد تطبيق هذا المبدأ بعد ذلك في العقود الملزمة للجانبين . فكل من المتعاقدين أن يقف الوفاء بالدين الذي عليه حتى يستوفي الدين الذي له ، وهذه قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وقد بسطناها تفصيلا في الجزء الأول من هذا الوسيط [1] .

ثم نجد تطبيق هذا المبدأ في العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة . فحافظ الوديعة أن يقف تنفيذ التزامه من رد الوديعة إلى المودع ، حتى يستوفي ما في ذمة المودع من مصروفات أنفقت في حفظ الوديعة ومن تعويض عما عسى أن تكون الوديعة قد أحدثت من الضرر .

ثم نجد تطبيق هذا المبدأ حتى لو لم تقم علاقة تعاقدية بين الطرفين ، مادامت هناك رابطة تربط العين المحبوسة بالدين المحبوس من أجله (rapport de connexité entre la dette et la chose - debitum cum re junctum) كالحائز يحبس العين حتى يسترد من المالك المصروفات الضرورية ومصروفات التحسين .

بل إن هناك ميلا عند بعض الفقهاء [2] للذهاب إلى مدى أبعد من هذا وإعطاء الحق في الحبس للدائن مادام مديناً لمدينه ، حتى لو لم توجد أية رابطة ما بين الدينين ، فالتقابل ما بين الدينين ، لا الرابطة بينهما ، هو الذي نقف عنده لإعطاء الحق في الحبس . ويتحقق هذا الوضع الآن عملا ، لا من طريق الحق في الحبس ، بل من طريقين آخرين : (أولا) من طريق المقاصة القضائية ، فيدفع المدين دعوى دائنيه عن طريق دعوى فرعية (demande reconventionnelle) يرفعها على الدائن يطالبه فيها بدين له في ذمة دائنه، ولو لم يوجد أي ارتباط ما بين الدينين . (ثانياً) من طريق حجز الدائن تحت يد نفسه (saisie - arrêt sur soi - même) ، فللدائن إذا كان في الوقت ذاته مدينا لمدينه أن يحجز هذا الدين الذي عليه لمدينه تحت يد نفسه ، ولو لم يكن بين الدينين أي ارتباط، وإذا حكم القاضي بصحة الحجز أجرى المقاصة ما بين الدينين . فما يصل إليه الشخص الآن عن طريق المقاصة القضائية وعن طريق الحجز تحت يد نفسه ، يمكن إذا تطور الفكر القانوني أن يصل إليه عن طريق الحق في الحبس ، إذا بلغ هذا الحق في تطوره مداه الأخير ، وأصبح يثبت في أي دينين متقابلين من غير أن تقوم بينهما أية رابطة [3] .

(١) الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٤٩٢ – فقرة ٥٠٣ – نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٦ – فقرة ٦٧٧ – وانظر أيضاً الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٢٤ وما بعدها – الأستا[ذ] إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ١٨١ هامش رقم ١ – وقارن في التمييز بين الحق في الحبس والدفع بعد[م] تنفيذ العقد : كابيتان في السبب فقرة ١٢٦ – دي باج ٢ فقرة ٨٧١ – أسيكلوبيدي داللوز ٤ لفظ Rétention فقرة ٢ وفقرة ٢٧ – فقرة ٣١ – الأستاذ حلمي بهجت بدوي في نظرية العقد فقرة ٥٧ – فقرة ٣٦٠ – الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٤ ص ٢٤٤ هامش رقم ١ .

(٢) أنظر بنوع خاص كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٤٨٢ ص ٩٣٦ هامش رقم ٣ .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥١ .

ويتبين من هذا التحليل طبيعة الحق في الحبس في التقنين المدني الجديد . فليس هو بالحق العيني ، ولا بالحق الشخصي [1] . بل هو حق المدين في أن يقف الوفاء بدينه حتى يستوفي الدين الذي له في ذمة دائنه ، فهو دفع بعدم التنفيذ ، يدخل تحته الدفع بعدم تنفيذ العقد الذي يعتبر فرعاً عنه [2] . وهو بمثابة ضمان خاص أعطاه التقنين المدني الجديد لكل دائن يكون مديناً في الوقت ذاته لدائنه ، فيحبس الدين الذي عليه حتى يستوفي الدين الذي له . ومن ثم نقل الحق في الحبس من المكان الذي كان له في التقنين المدني السابق إلى المكان الذي له الآن في التقنين المدني الجديد . فأدرج ضمن ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل الضمان ، إذ هو إحدى وسائل الضمان في هذه الحـــالة الخاصة [3] ، وكما أن الدائن في الدعوى غير المباشرة يتوثق للتنفيذ بحقه حقاً أهمله المدين، وفي الدعوى البولصية حقاً نقله المدين لغير غشاً ، وفي دعوى الصورية حقاً تظاهر المدين بنقله للغير ، فالدائن في الحبس يتوثق للتنفيذ بحقه حقاً للمدين ترتب في ذمته هو .

وهناك أهمية عملية كبيرة في هذا التحوير الذي أتي به التقنين المدني الجديد ، وانتقل بمقتضاه الحق في الحبس من حق عيني إلى دفع بعدم التنفيذ . وتتبين هذه الأهمية من الوجوه الآتية :

(١) أصبح الحق في الحبس غير مذكور على سبيل الحصر ، بل هو يمتد إلى "أحوال لا تتناهى [4] " ، إذ هو دفع وليس بحق عيني أو حق شخصي .

(٢) تزول بالتكييف الجديد صعوبات كانت قائمة في عهد التقنين السابق ، فقد كان هذا التقنين يعتبر الحق في الحبس حقاً عينياً ، ومع ذلك فإن حق التقدم وحق التتبع المصاحبين دائماً للحقوق العينية لا يظهران في وضوح مصاحبين لهذا الحق العيني .

(٣) تنتهي بالتكييف الجديد مشكلة إجراءات الشهر ، فقد كان واجبا إذا كيف الحق في الحبس بأنه حق عيني أن يكون خاضعاً للشهر ، أما الآن فهو دفع لا حق عيني ، ومن ثم لا يخضع لهذه الإجراءات .

---

(١) أنظر في هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٢٦ – الأستاذ عبد الحي حجازي ٣ ص ٢١٧ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٨ – وقارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات الشخصية والعينية (فقرة ١٦٢ ص ٢٤٠) حيث يذهب إلى أن الحق في الحبس حق شخصي يترتب في ذمة المدين متعلقاً بالشيء المحبوس .

(٢) جوسران ٢ فقرة ١٤٧١ – أنسكلوبيدي داللوز ٤ لفظ Rétention فقرة ٦ .

(٣) قارن في هذا المعنى الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء ص ٤٢١ – ص ٤٢٢ .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤٨ .

فالتكييف الصحيح للحق في الحبس في التقنين المدني الجديد إذن هو أنه دفع بعد[م] التنفيذ ، يخول للدائن الذي يكون في الوقت ذاته مدينا لمدينه أن يقف الوفاء بالدين الذ[ي] عليه حتى يستوفي الدين الذي له . ويقوم ذلك على اعتبارات ترجع إلى مقتضيات العدال[ة] وبداهة المنطق القانوني [1] .

ونبحث الحق في الحبس في التقنين المدني الجديد ، وفقا للخطة التي سار عليها هذ[ا] التقنين ، من الوجوه الآتية : (أولا) من حيث نشوئه (م ٢٤٦ مدني) . (ثانياً) ومن حيث الآثار التي تترتب عليه (م ٢٤٧ مدني) . (ثالثاً) ومن حيث انقضائه (م ٢٤٨ مدني) .

الفرع الأول

نشوء الحق في الحبس

٦٤٠ – النصوص القانونية : تنص المادة ٢٤٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

" ١ – لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا " .

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : "صور المشروع حق الحبس تصويراً يكشف عن حقيقته ، فهو ليس من قبيل الحقوق العينية كما صور خطأ في التقنين الحالي (السابق) أنظر المادة ١٩/٥ من التقنين المصري (السابق) ، بل هو مجرد دفع يعتصم به الدائن بوصفه وسيلة فعالة من وسائل الضمان . وقد كف بهذه المثابة عن أن يكون حق حبس ، وأصبح حقاً في الحبس . وعلى هذا النحو خرج المشروع بهذا الحق من نطاق التطبيقات الخاصة التي وردت في التقنين الحالي (السابق) على سبيل الحصر ، إلى حيز المبادئ العامة ، وبذلك كفل له عموم التطبيق في أحوال لا تتناهى . فلكل مدين أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه استناداً إلى حقه في الحبس ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام نشأ بسبب التزام هذا المدين وكان مرتبطاً به " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤٨) .

وجاء أيضاً في المذكرة الإيضاحية ما يأتي : " صور المشروع حق الحبس تصويراً يكشف عن حقيقته ، فجعل منه مجرد دفع من الدفوع لا يختلط بالحقوق العينية ولا يشاركها في مقوماتها . ثم أنه استعاض عن بيان أحوال الحبس على سبيل الحصر بإيراد قاعدة عامة ، لها من السعة ما يؤهلها لأن تساول جميع التطبيقات التي يملي العقل فيها وجوب تخويل هذا الحق ، فتحامى بذلك ما ينطوي في ذلك البيان من إسراف في الحرج والتضييق " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥١) .

" ٢ – ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع " [1] .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٧٣١/٦٠٥ . وقد سبق ذكرها ، وكذلك سبقت مقارنة التقنين المدني السابق بالتقنين المدني الجديد في هذا الموضوع .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٤٧ ، وفي التقنين المدني العراقي المواد ٢٨٠ – ٢٨٢ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٤٩ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٢٧١ – ٢٧٢ [2] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٣١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد فيما عدا بعض اختلاف لفظي . وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية فأصبح النص مطابقاً ، وصار رقمه ٢٥٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض بأن النص يقرر مبدأ جديداً ، لأنه يصور حق الحبس في أوسع نظرياته . ورد على هذا الاعتراض بأن النظرية التي أخذ بها النص ليست نظرية جديدة بل هي نظرية الدفع بعدم التنفيذ ، على أن حق الحبس لا يتوافر بمجرد أن يقع شيء للمدين صدفة في يد الدائن ، بل يجب أن تتوافر شروط معينة . وحكم النص ليس جديداً ، بل يوجد ما يماثله . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاعتراض ، وأقرت النص كما هو تحت رقم ٢٤٦ . ثم أقره مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٠ و ص ٦٥١ – ص ٦٥٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٤٧ : مطابقة لنص التقنين المصري .

التقنين المدني العراقي م ٢٨٠ : ١ – للبائع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشترى جميع الثمن الحال . وللعامل أن يحبس الشيء الذي يعمل فيه إلى أن يستوفى الأجر المستحق ، سواء كان لعمله أثر في هذا الشيء أو لم يكن . وذلك كله وفقاً للأحكام التي قررها القانون . ٢ – وفي كل معاوضة مالية بوجه عام ، لكل واحد من المتعاقدين أن يحبس المعقود عليه وهو في يده ، حتى يقبض البدل المستحق .

م ٢٨١ : يجوز من أنفق على ملك غيره ، وهو في يده ، مصروفات ضرورية أو نافعة ، أو أنشأ فيه بناء أو غرس أشجاراً ، أن يمتنع عن رده حتى يستوفى ما هو مستحق له قانوناً ، لا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع .

م ٢٨٢ : ١ – لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به . ٢ – فإذا قدم الدائن تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه ، سقط حق المدين في الامتناع عن أداء ما التزم به .

(وهذه النصوص في جملتها تتفق في أحكامها مع أحكام التقنين المدني المصري ، وإن كان التقنين المدني العراقي توخى أن يساير الفقه الإسلامي في تطبيقاته المختلفة للحق في الحبس ، ثم انتهى إلى وضع قاعدة عامة هي القاعدة التي أتى بها التقنين المصري – أنظر في شرح هذه النصوص في التقنين المدني العراقي الدكتور حسن على الذنون في أحكام الالتزام في التقنين المدني العراقي ص ١١٠ – ص ١١٣) .

التقنين المدني الليبي م ٢٤٩ : مطابقة لنص التقنين المدني المصري .

ويتبين من هذا النص أن للحق في الحبس شروطاً إذا توافرت نشأ هذا الدفع ، وأن له تطبيقات متنوعة لا يمكن ذكرها على سبيل الحصر . فنبسط هذه الشروط ، ثم نستعرض بعض التطبيقات سواء ما ورد فيه نص صريح أو ما لم يرد فيه نص .

المبحث الأول

الشروط الواجب توافرها لنشوء الحق في الحبس

٦٤١ – شرطان لنشوء الحق في الحبس : وضعت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ قاعدة عامة يرد إليها جميع تطبيقات الحق في الحبس . وهذا هو الجديد الذي أتى به التقنين المدني الحالي ، فقد كان حق الحبس في التقنين المدني السابق ، كما رأينا ، يقتصر على حالات خاصة مذكورة على سبيل الحصر إذ كان يعتبر في هذا التقنين حقاً عينياً .

أما في التقنين الجديد فلا تحصر حالات الحق في الحبس ، ولكن تحصر الشروط التي إذا هي توافرت تنشئ الحق في الحبس . ويمكن من الرجوع إلى النص المشار إليه حصر هذه الشروط في شرطين اثنين :

= تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧١ : أما وسائل التنفيذ هي بالعكس لا يجوز للدائن استعمالها إلا إذا كان حقه مستحق الأداء . وأخص تلك الوسائل الحجز التنفيذي ، ومنها أيضاً طريقة التغريم (المادة ٢٥١) وحق الحبس ، أي حق كل شخص دائن ومديون معاً في معاملة أو حالة واحدة بأن يمتنع عن التنفيذ مادام الفريق الآخر لم يعرض القيام بما يجب عليه .

م ٢٧٢ : إن حق الحبس لا ينحصر في كل من كان دائناً ومديوناً بموجب عقد متبادل ، بل يوجد أيضاً في كل حالة يكون فيها الدين متصلاً بموضوعه ، أي حيث يكون التلازم موجوداً بين الموجب المطلوب والدين المختص بمن يستعمل حق الحبس من أجل ذلك الموجب ، فهو أي حق الحبس يعود مثلاً إلى واضع اليد أو المستثمر أو إلى محرز الشيء المرهون بدون أن يكون ثمة تمييز بين الأموال المنقولة وغير المنقولة ولا بين الحائز الحسن النية وسيئها . وإنما يحرم حق الحبس محرز الأشياء المفقودة أو المسروقة ومحرز الأشياء التي انتزعت بالعنف من صاحبها الحقيقي .

(وأحكام هذه النصوص تتفق في جملتها مع أحكام نصوص التقنين المصري ، فقد جعل التقنين اللبناني من الحق في الحبس نظرية عامة ولم يورد تطبيقاته على سبيل الحصر ، ولم يجعله حقاً عينياً ، وتناول به حالتي الدفع بعدم تنفيذ العقد والارتباط ما بين الشيء المحبوس والدين المحبوس من أجله ، وأوجب ألا يكون الالتزام سببه إحراز الأشياء المفقودة أو المسروقة وإحراز الأشياء التي انتزعت بالعنف من صاحبها الحقيقي . وأورد تطبيقات مختلفة للحق في الحبس نثرها في نواح متفرقة : م ٤٨٣ و ٥٧١ و ٥٨٢ و ٦٧٧ و ٦٨٦ و ٧١٨ و ٧٥١ و ٧٩٣ و ٧٩٨ الخ الخ . أنظر في كل ذلك الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٤٦ ص ٤٩) .

(أولا) أن يكون هناك شخصان كل منهما دائن للآخر ومدين له ، ومن ثم يكون هناك دينان متقابلان : دين في ذمة الأول للثاني ، ودين مقابل له في ذمة الثاني للأول .

(ثانياً) أن يكون هناك ارتباط (lien de connexité) ما بين الدينين .

ونستعرض كلا من هذين الشرطين :

٦٤٢ – الشرط الأول – دينان متقابلان : يجب أولا أن يكون هناك شخص مدين لآخر ، وثانياً أن يكون هذا الآخر مديناً هو أيضاً للأول . فيقف الأول الوفاء بالدين الذي عليه حتى يستوفي الدين الذي له .

أما الدين الذي في ذمة الشخص الأول – وهو المحل الذي يقع عليه الحبس – فيصح أن يكون متعلقاً بعين معينة بالذات ، كدار باعها صاحبها فأصبح مديناً بتسليمها إلى المشتري ، فيقف تنفيذ التزامه بالتسليم حتى يستوفي الثمن [1] . ويصح أيضاً أن يكون الدين محل شيء غير معين بالذات ، نقود أو أشياء مثلية ، كما لو اشترى شخص شيئاً فيقف دفع الثمن للبائع حتى يقوم البائع بتسليمه الشيء المبيع . بل يصح أن يكون محل الدين عملا أو امتناعاً عن عمل . فالمقاول يستطيع ألا يبدأ العمل حتى يستوفي ما أتفق مع رب العمل على أن يعجله له من الأجر . وصاحب الأرض الذي تعهد ألا يمنع جاره من المرور في أرضه مقابل جعل معين ، يستطيع أن يقف تنفيذ التزامه فيمنع الجار من المرور حتى يستوفي جعله [2] . على أن لا يصح أن يكون محل الدين ملكاً عاماً ، استأجره شخص مثلا وأنفق

(١) والغالب فيما يرد عليه الحبس أن يكون شيئاً مادياً ، منقولا أو عقاراً (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١) . ولا يرد الحبس على الأشخاص بأية حال ، فلا يجوز مثلا لصاحب المدرسة أن يحبس التلميذ عن ولي أمره لعدم دفعه المصروفات الدراسية ، ولا لمستشفى الولادة أن يحبس المولود عن ذويه حتى يستوفي أجره ، ولا لمتعهد الجنائز أن يمتنع عن تسليم جثة الميت إلى أهله حتى يستوفي منهم مصروفات الجنازة (بيدان وفواران فقرة ٢٧٣– الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٠).

ويغلب أن يكون الشيء المحبوس مملوكا للمدين ، ولكن ذلك ليس بشرط ، فقد يكون مملوكاً للدائن الحابس نفسه وعليه التزام بأدائه للمدين . فالمؤجر له أن يحبس العين المؤجرة – وهي ملكه ولكنه التزم بتسليمها للمستأجر – حتى يستوفي الأجرة (أنسيكلوبيدي داللوز ٤ لفظ Rétention فقرة ١٦ ص ٧٠٥ – الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٠ ص ٥٩٦ – الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٦٥ ص ٢٦١ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ – قارن كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٤٧٣ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٢٧ – الدكتور منصور مصطفى منصور في نظرية الحلول العيني رسالة على الآلة الكاتبة من القاهرة سنة ١٩٥٣ ص ١٧٩ هامش رقم ٢) .

(٢) كاساد ص ٤٨٥ – هذا والمادة ٨١٢ من التقنين المدني تجعل لمالك الأرض المحبوسة حق المرور في الأرض المجاورة نظير تعويض عادل . فإذا امتنع عن دفع هذا التعويض ، كان لمالك الأرض المجاورة أن يقف تنفيذ التزامه فيمنع مالك الأرض المحبوسة من المرور .

عليه ويريد حبسه حتى يستوفي ما أنفق ، وذلك أن حبس الملك العام يفوت المصلحة العامة التي أعد لها هذا المالك [1] . كما لا يصح أن يكون محل الدين شيئاً غير قابل للحجر عليه في الدين المقابل . فلا يحبس هذا الشيء عن صاحبه إلا بقدر ما يكون قابلا للحجر عليه في هذا الدين . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٣٠٩ من تقنين المرافعات من أنه لا يجوز الحجز على الأجور والمرتبات إلا بمقدار الربع ، فلا يجوز لرب العمل ، بعد أن استحق العامل أجره ، أن يحبس أكثر من ربع هذا الأجر عنه حتى يستوفي من التزاماً ترتب في ذمته له . ومثل ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٣٠٦ من تقنين المرافعات من عدم جواز الحجز على أشياء معينة إلا لاقتضاء ثمنها أو مصاريف صيانتها أو نفقة مقررة ، فلا يجوز حبسها عن صاحبها إلا في دين من هذه الديون [2] .

ولا يشترط في الدين – محل الحبس – أن يكون مصدره عقدا . فقد يكون مصدره عملا غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نصاً في القانون . فإذا تصادمت سيارتان ، وأصبح صاحب كل سيارة مديناً بالتعويض لصاحب السيارة الأخرى ، ولم تتوافر شروط المقاصة القانونية في الدينين بأن كان أحدهما غير مقدر مثلا ، جاز لمن كان الدين الذي عليه مقدراً أن يحبس هذا الدين حتى يستوفي حقه بعد أن يتم تقديره . فالدين المحبوس هنا مصدره العمل غير المشروع . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٢٤ مدني على أنه " إذا أقام شخص

= ونرى مما تقدم أن نطاق الحق في الحبس قد اتسع من حيث الالتزامات التي يجوز الامتناع عن تنفيذها ، ونص التقنين المدني الجديد يستجيب لهذا التوسع ، فهو يفترض أن الحابس ملتزم بأداء شيء (tenue à une prestation) . ولفظ " شيء " الذي أريد به المعنى المقصود من لفظ (prestation) يتسع لكل التزام أيا كان محله ، ولو كان المحل امتناعا عن عمل . فليس من الضروري أن يحبس الدائن عينا مادية ، بل يصح أن يحبس تنفيذ التزام بنقل حق عيني أو بعمل أو بامتناع عن عمل . وإذا كان التقنين المدني الألماني (م ٢٧٣) قد عرف الحق في الحبس تعريفاً واسعا قصد به أن يتناول الحبس كل التزام أياً كان محله . فلسنا نرى – خلافاً لما ذهب إليه الأستاذ إسماعيل غانم (أحكام الالتزام فقرة ١٤٣) – أن التقنين المدني المصري الجديد قد تخلف عن التقنين المدني الألماني في ذلك .

(١) أنسيكلوبيدي داللوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ١٧ – الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٦ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ ص ١٨٤ .

(٢) الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٠ ص ٥٩٦ – الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في "التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٦ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ ص ١٨٤

وقد اختلف في جواز حبس العين الموقوفة ، ولكن الراجح الجواز ، لأن الحبس حق مؤقت ، ولا يؤدي إلى بيع العين المحبوسة ، فلا يتنافى مع طبيعة الوقف ، ولا يفوت معه الغرض من الوقف (استئناف مصر ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٤ ص ٣٩٩ – محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية ٢٦ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٥٥ ص ٢٧٨ – محكمة قنا الكلية ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٧ المحاماة ٨ رقم ٣٥١ ص ٥٣٥).

بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض ، **كان** لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه ، **وذلك في** ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت ...... " . **ففي هذه الصورة يلتزم صاحب** الأرض بتسليم المنشآت بعد إزالتها إلى صاحبها ، ومصدر التزامه الإثراء بلا سبب ، **ويلتزم** صاحب المنشآت أن يزيلها على نفقته وأن يدفع تعويضاً عن الضرر الذي **أحدثه لصاحب** الأرض ، ومصدر التزامه العمل غير المشروع . فيستطيع صاحب الأرض أن **يحبس المنشآت** بعد إزالتها ، حتى يستوفي من صاحبها نفقة الإزالة والتعويض المستحق . **ونصت المادة ٩٢٨** مدني على أنه " إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية **على جزء من** الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك أن تجبر صاحب **هذه الأرض على أن** ينـزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك في نظير **تعويض عادل** " . **ففي هذه** الصورة يلتزم صاحب الأرض بأن ينـزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، **وهذا** التزام مصدره نص في القانون ، وذلك في نظير تعويض عادل يلتزم **بدفعه صاحب البناء** لصاحب الأرض . ولصاحب الأرض أن يقف تنفيذ التزامه القانوني من **اتخاذ الإجراءات** اللازمة لنقل ملكية الجزء من الأرض المشغول بالبناء إلى صاحب البناء ، حتى يستوفي منه التعويض العادل .

على أن هناك استثناء واحداً من الأحكام التي قررناها ، وهو استثناء **ورد في آخر** الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ . فإن هذا النص يجعل لحائز الشيء حق **حبسه حتى يسترد** المصروفات الضرورية أو النافعة التي أنفقها على هذا الشيء " **إلا أن يكون الالتزام بالرد** ناشئاً عن عمل غير مشروع " . فالتزام الحائز برد الشيء الذي **حازه أو أحرزه قد يكون** مصدره العقد ، فيجوز حبسه ، وذلك كالتزام المستأجر برد العين **المؤجرة إلى صاحبها عند** نهاية الإيجار فيحبس العين حتى يسترد ما أنفق عليها . **وقد يكون مصدره رد غير المستحق** ، فيجوز أيضاً حبسه ، وذلك كالتزام من تسلم بحسن نية عيناً **من غير حق فيلتزم بردها إلى** صاحبها وله أن يحبسها حتى يسترد ما أنفق عليها . **وقد يكون مصدره العمل غير المشروع**، وهنا لا يجوز حبسه ، وذلك كما إذا اغتصب الحائز العين **من صاحبها أو سرقها منه أو** وجدها ضائعة فاستولى عليها ، فإنه لا يجوز له أن يحبسها **حتى يستوفي ما أنفق عليها مادام** قد حازها بعمل غير مشروع . بل يجب عليه تسليمها فوراً إلى **صاحبها ، ثم يرجع عليه بعد** ذلك بما أنفق [١] . لكن إذا حاز الشخص عيناً مسروقة أو **ضائعة دون أن يكون هو الذي**

(١) ويحرم الحائز بعمل غير مشروع الحق في الحبس ، حتى لو **مضى على حيازته غير المشروعة سنة أو أكثر. فإن** مضى هذه المدة إنما يقضي بها حق الحائز الأصلي في استرداد حيازته **بدعوى من دعاوى الحيازة ، ولكن** –

سرقها أو عثر عليها ، لم يكن التزامه برد العين إلى صاحبها مصدره عمل غير مشروع ، ومن ثم جاز له أن يقف تنفيذ الالتزام بالرد حتى يستوفي ما أنفق من المصروفات [١] .

أما الدين الآخر المقابل للدين الأول ، والذي يحبس من أجله الدين الأول حتى يستوفي هو ، فيجب أن يكون ديناً مدنياً حالاً لم يتم تنفيذه . فإذا كان ديناً طبيعياً لم يجز الحبس من أجله ، وإلا كان في هذا جبر على تنفيذ الالتزام الطبيعي ، ولا جبر في تنفيذه كما قدمنا [٢] . وإن كان غير حال، فلا معنى لحبس الدين الأول إلى حين استيفاء هذا الدين

= لا يقضي بها حق الحائز الأصلي في استرداد حيازته بدعوى الملكية إذا كان مالكاً ، وفي هذه الحالة لا يجوز للحائز بعمل غير مشروع حبس العين ، فإن هذا يتعارض مع العدالة وحسن النية وهو الأساس الذي يقوم عليه الحق في الحبس (أنظر في هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ١٨٣ هامش رقم ٣ – وأنظر عكس ذلك الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٧) .

(١) قارن تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧٢ فقرة ثانية .

هذا ويشترط في الحائز ، حتى يحبس الشيء ، أن تكون حيازته ليست مجرد حفظ مادي للشيء بمقتضى واجبات وظيفته ، فلا يجوز للصراف في محل تجاري أن يحبس الخزانة المعهود بحفظها إليه حتى يستوفي أجره (أنظر في هذه المسألة بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥١) .وليس من اللازم أن يحوز الحابس الشيء بنفسه، بل يصح أن يحوزه عنه عدل يتفق عليه الحابس والمالك (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٧) . ويشترط أن يبقى الشيء في يد الدائن (استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٥ ص ٩٤) ، فإذا خرج الشيء من يده بإرادته لم يستطع أن يسترده (محكمة المنصورة الكلية الوطنية ١٥ يناير سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٢٣ ص ٥٢) . وقد يكون الدائن الحابس حائزاً للشيء بمقتضى أنه مالك له أو بمقتضى أنه يحوزه حيازة قانونية (possession) ، أو بمقتضى أنه يحرزه مجرد إحراز (détention) ، ويجب أن يكون الشيء المحبوس مستحق التسليم لمدين الحابس سواء كان هذا المدين يملكه أو كان هو صاحب الحق في حيازته القانونية أو في مجرد إحرازه للانتفاع به . فيجوز للمؤجر أن يحبس ملكه عن المستأجر ، ويجوز لحائز الشيء أن يحبسه عن مالكه ، ويجوز للمستأجر أن يحبس العين المؤجرة – وهي في حرزه لا في حيازته – عمن آلت إليه ملكيتها حتى يستوفي حقه في التعويض عند عدم نفاذ الإجارة في حق المالك الجديد (الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٠ ص ٥٩٥ – ص ٥٩٦ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ ص ١٨٢) . وقد قضت محكمة استئناف مصر ، في عهد التقنين المدني السابق ، بأنه لا يصح اعتبار مستأجر حائزاً للعقار بسبب صحيح يجعله في حل من أن يصرف على العين ما يشاء لتحسينها وصيانتها . إذ ليس للمستأجر غير الانتفاع بالعين المؤجرة بالحالة التي هي عليها وقت التأجير ، ولا يجوز أن يسمح لمستأجر بأن يخلق لنفسه بفعله الشخصي حقاً عينياً على العين المؤجرة بما يقوم بصرفه في شؤون إصلاحها وصيانتها ، إلا إذا كان المالك المؤجر قد اتفق معه على ذلك ، والقول بغير هذا معناه تمكين المستأجر من الإضرار بالمالك متى شاء ، والقانون لم يوضع للإضرار بالناس (٨ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٦٩ ص ١٦٩) .

(٢) بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٤٤ مكررة ٢ – أنسيكلوبيدي داللوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ١٥ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨ .

الثاني مادام استيفاؤه وقت الحبس ليس بواجب [١] [1] . ولكن الحق في الحبس يبقى قائما حتى لو نفذ الدين الثاني تنفيذاً جزئياً [٢] أو تنفيذاً معيباً ، فما لم يكن التنفيذ كاملا سليماً

---

(١) فيشترط إذن أن يكون حق الدائن مستحق الأداء (أنظر في هذا المعنى وما يقوم عليه من مبررات الأستاذ سليمان مـرقـس في التأمينات فقرة ٤٠٩) . فإذا كان هذا الحق مؤجلا أو معلقا على شرط واقف ، فإنه لا يخول الحق في الحبس (الأستاذ سليمان مـرقـس في التأمينات فقرة ٤٠٩ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨) . ولكن لا يشترط أن يكون مقدرا (liquide) ، فيثبت الحق في الحبس إلى أن يتم تقديره والوفاء به ، وإذا كان ذلك مشترطا في المقاصة القانونية فلأن الدينين ينقضيان بقدر الأقل منهما فكان لا بد من أن يكونا مقدرين ، ولا حاجة إلى ذلك في الحبس فهو امتناع مؤقت عن التنفيذ لا تظهر فيه وجه الضرورة في أن يكون الدين مقدرا (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٠٩ ص ٤١٥ — ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٥٨ ص ١١٧٤ . استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢ — ١٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٤٣ ص ١٠٣٨ — الأستاذ سليمان مـرقـس في التأمينات فقرة ٤٠٩ ص ٥٩٤ — ص ٥٩٥ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٨ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨ — ص ١٨٩) . ويجوز للقاضي أن يحدد أجلا يقوم الدائن فيه بتقدير حقه حتى لا يطول أمد الحبس (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٩) ، كما يجوز للقاضي أن يقدر قيمة الحق مؤقتا فينتهي الحبس إذا أودعت هذه القيمة المؤقتة خزانة المحكمة (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢ ، وهما الحكمان اللذان سبقت الإشارة إليهما) . ويلاحظ الأستاذ سليمان مـرقـس أنه " إذا كانت المادة ٥٨٩ المتعلقة بحق المؤجر في حبس المنقولات الموجودة في العين المؤجرة لا تشترط أن تكون الأجرة حالة ، فما ذلك إلا لأن حق الحبس في هذه الحالة متفرع عن حق امتياز المؤجر ، ولأن هذا الامتياز يثبت للمؤجر بمجرد العقد ومن قبل حلول الأجرة ، ولأن استعمال المؤجر حقه في الحبس ضروري للمحافظة على امتيازه ، فلابد من ثبوت الحق في الحبس في هذه الحالة بمجرد ثبوت الامتياز ، أي من وقت العقد ، ولو كانت الأجرة غير مستحقة الأداء" (الأستاذ سليمان مـرقـس في التأمينات فقرة ٤٠٩ ص ٥٩٤) .

وغني عن البيان أنه يجب أيضاً أن يكون حق الدائن الحابس محقق الوجود ، فإذا وقع نزاع جدي في الحق الذي يدعيه ، لم يكن له الحق في الحبس . ومن ثم لا يجوز للمستأجر أن يحبس الأجرة حتى يستوفي من المؤجر تعويضاً يدعى أنه يستحقه ، إذا كانت دعوى التعويض لم يبت فيها القضاء (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨ — أنسيكلوبيدي داللوز ٤ لفظ Rétention فقرة ١٠٠) .

(1) يشترط لجواز حبس الالتزام استناداً إلى الدفع بعدم التنفيذ أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه التزاما مستحق الوفاء أي واجب التنفيذ حالا وإذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولا أن يحبس التزامه استناداً إلى هذا الدفع .

(جلسة ١٩٦٦/١١/٢٩ الطعن رقم ٣٧٩ لسنة ٣٢ ق س ١٧ ص ٢٠٤٥) .

ونفس المبدأ (جلسة ١٩٨٣/١/٢ الطعن رقم ١٢٩٩ لسنة ٥١ ق) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع في الدعوى هو أن المطعون عليه تعاقد مع الطاعنة على استغلال " فيلم " في الخارج لقاء مبلغ معين — ٧٥٠٠ جنيه — يدفعه المطعون عليه ، دفع منه وقت التوقيع جزءاً — ١٠٠٠ جنيه — وتعهد بدفع جزء آخر — ٣٠٠٠ جنيه — في مدى شهر من التوقيع على

جاز حبس الدين الأول . ولكن يجب أن يكون العيب في التنفيذ عيباً جدياً ، وأن يكون الجزء الباقي بغير تنفيذ جزءاً غير تافه ، وإلا لم يجز الحبس. والقضاء رقيب على كل ذلك ، فإذا ادعى الدائن الحابس أن تنفيذ الدين الذي له هو تنفيذ معيب أو تنفيذ جزئي ، ومن ثم فقد استبقى حقه في الحبس ، كان للقضاء تقدير العيب في التنفيذ أو تقدير ما بقي من الالتزام دون تنفيذ للبت فيما إذا كان هذا يبرر استبقاء الدائن لحقه في الحبس [1] .

وإذا كان الاتفاق أو العرف يقضي بأن يكون تنفيذ الالتزام الثاني تالياً لتنفيذ الالتزام الأول ، لم يجز حبس الالتزام الأول إلى حين تنفيذ الالتزام الثاني . فإذا كان المستأجر ملتزما بدفع الأجرة مقدما قبل أن يتسلم العين المؤجرة ، لم يجز له أن يحبس الأجرة حتى يتسلم العين .وقد جرى العرف أن صاحب الفندق يقام خدماته للنزيل قبل أن يستوفي الأجرة ، فلا يجوز له حبس هذه الخدمات حتى يستوفي أجره . ولكن لا يمنع الدائن من استعمل حقه في الحبس أن يكون المدين قد منح أجلا قضائيا (délai de grâce) لتنفيذ دينه ، فإن مثل هذا الأجل — وقد أعطى معونة للمدين — لا يصح أن يكون سببا في إسقاط حق دائنه في الحبس [١] .

= بحيث إذا تأخر عن دفع هذا الجزء في ميعاده يصبح المبلغ الذي دفع أولا حقاً للطاعنة بصفة تعويض ويعتبر العقد لاغيا ، وباقي المبلغ يدفع عند تسليم الفيلم في الخارج ، وتعهدت الطاعنة بأنه يتم إيصال الفيلم إلى الخارج في خلال أربعة شهور من تاريخ التعاقد — أي بعد وفاء المطعون عليه بالتزامه — وكان الثابت من أوراق الدعوى أن المطعون عليه لم يف بما تعهد به إذ لم يدفع سوى مبلغ ٢٠٠٠ جنيه بعد الميعاد المتفق عليه ، فإنه يكون للطاعنة — رغماً من قبولها الوفاء الجزئي على غير الوجه المتفق عليه — أن تحبس التزامها بالتسليم حتى يقوم المطعون عليه بالوفاء الكامل ، إذ ليس من شأن قبول الطاعنة للمبلغ الذي دفعه المطعون عليه بعد الميعاد المتفق عليه ما يسقط حقها في الحبس . بل كل ما عسى أن يكون له من شأن أنه — إذا أكمل المطعون عليه المبلغ إلى ٣٠٠٠ جنيه — يصلح دفعاً لدعوى الطاعنة إذا هي رفعتها طالبة الفسخ لعدم وفاء الطاعن بما تعهد به على الوجه المتفق عليه . أما حقها هي في حبس التزامها بالتسليم ، فلا يسقطه قبولها وفاء بعض المتعهد به بعد الميعاد المتفق عليه (نقض مدني ١٤ يونية سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٥ ص ١٠٠٠) .

(1) لا يكفي للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون العقد ملزماً للجانبين وأن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالا ، بل يجب إلى جانب ذلك ألا يساء استعمال الدفع ، فلا يباح للمتعاقد أن يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الموقف الذي لا يكون متفقا مع ما يجب توافره من حسن النية .

(جلسة ١٩٩٦/٥/١٠ مجموعة المكتب الفني السنة ١٧ ص ١٠٤٠) .

(١) وكذلك إذا كان الدائن هو الذي تبرع بالأجل ، فالمفروض أنه لم يرد بمنحه المدين أجلا أن ينزل عن حقه في الحبس (قارب المادة ٣٦٢ مدني في شأن المقاصة) فإذا ادعى المدين أن الدائن أراد بمنحه الأجل أن ينزل عن حقه في الحبس ، فعلى المدين يقع عبء إثبات ذلك ، ما لم يفرض المشرع هذه النية عند الدائن (أنظر مثلا المادة ٤٥٩ فقرة أولى مدني) ، فينتقل عندئذ عبء الإثبات إلى الدائن وعليه أن يثبت أنه لم يقصد =

والدين المقابل ، كالدين الأول ، يصح أن يكون محله عيناً أو ديناً أو عملا أو امتناعا عن عمل ، ويصح أن يكون مصدره عقداً أو عملا غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نصا في القانون . وقد مرت بنا أمثلة على بعض ذلك .

٦٤٣ – الشرط الثاني – قيام الارتباط ما بين الدينين : ولا يكفي أن يكون هناك دينان متقابلان على النحو الذي بسطناه ، بل يجب أيضا أن يقوم ارتباط ما بين هذين الدينين [١] .

والارتباط نوعان : ارتباط قانوني (connexité juridique) وارتباط مادي أو موضوعي (connexité matérielle, objective) [٢] .

فالارتباط القانوني هو الذي ينشأ عن علاقة قانونية تبادلية ما بين الدينين ، سواء كانت هذه العلاقة تعاقدية أو غير تعاقدية [٣] . ذلك أن الارتباط يوجد ، أول ما يوجد، ما بين التزامين متبادلين في عقد ملزم للجانبين . فكل التزام من هذين سبب للالتزام الآخر ، كما تقول النظرية التقليدية في السبب . وعدم تنفيذ أي التزام منهما قد يؤدي إلى فسخ العقد ، وهو على كل حال يبيح للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، وهذا هو الحق

= يمنحه المدين أجلا أن يتنازل عن حقه في الحبس (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨ وهامش رقم ٤) .

ويجب أن يكون حق الدائن تالياً أو معاصراً لحيازته للشيء المحبوس ، ولا يصح أن يكن سابقاً على الحيازة ، لأن الحق في الحبس ضمان لا يتعلق بنية الطرفين ، بل يتوقف على سبق قيام الحيازة كواقعة مادية (أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ Rétention فقرة ١٨) .

(١) بلانيول وريبر وأسمان ٦ فقرة ٤٤٤ – وفقرة ٤٤٩ – بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٣٤ – ويذهب بودري ودي لوان مع أوبري ورو إلى أنه لا يكفي قيام الارتباط ما بين الدينين ، بل يجب أيضاً أن يكون بينهما أصل مشترك (أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٥٨ – بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٣٤) . ولكن الرأي الراجح هو الاكتفاء بقيام الارتباط ما بين الدينين (توليه ٣ فقرة ١٣٠ – ترولونج ١ فقرة ٢٥٨ وما بعدها – ديرانتون ٤ فقرة ٣٨٢ – جيللوار في حق الحبس فقرة ٥١ وما بعدها – بيدان وفواران ١ فقرة ٢٤٣ – فقرة ٢٥٠) .

(٢) أنظر في الارتباط القانوني أو المعنوي والارتباط الموضوعي أو المادي : كاسان تعليقه في سيريه ١٩٢١ – ٢ – ١٠ – بلانيول وريبر وأسمان ٦ فقرة ٤٤٤ – بيدان وفواران ١ فقرة ٢٧٣ وما بعدها – أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ Rétention فقرة ٣٨ – فقرة ٤٢ (دريدا) – الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١١ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٨ – فقرة ١٤٢ .

(٣) ولما كان الارتباط القانوني يتميز بهذه العلاقة التبادلية ، فقد كان الأفضل أن يطلق عليه " الارتباط التبادلي " .

في الحبس في صورة الدفع بعدم تنفيذ العقد [١] [١] . ويبقى الارتباط قائما على أساس علاقة تبادلية ، حتى لو فسخ العقد أو أبطل ، وأصبح واجبا على كل من المتعاقدين أن يرد للآخر

(١) ومن ثم صار الدفع بعدم تنفيذ العقد صورة من صور الحبس. وقد حصر التقنين المدني الجديد (م ١٦١) دائرة الدفع بعدم تنفيذ العقد في العقود الملزمة للجانبين ، ووسع من نطاق الحق في الحبس فجعل الدفع بعدم تنفيذ العقد صورة من صوره كما قدمنا . وهناك اتجاه في الفقه الفرنسي يرمي ، على العكس من ذلك ، إلى التوسع في الدفع بعدم التنفيذ وجعله شاملا لجميع صور الارتباط القانوني فلا يقتصر على العقود الملزمة للجانبين ، والتضييق من حق الحبس ليكون مقصوراً على صور الارتباط الموضوعي أو المادي (بلانيول وريبر وأسمان ٦ فقرة ٤٤٤) . والتصوير الذي اختاره التقنين المدني المصري الجديد قريب من تصوير التقنين المدني الألماني ، فالمادة ٣٢٠ من التقنين الألماني تقصر الدفع بعدم التنفيذ على العقود الملزمة للجانبين والمادة ٢٧٣ لا تقصر حق الحبس على صور الارتباط الموضوعي (الأستاذ إسمعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٢) .

(1) أ – حق الحبس وفق المادة ٢٤٦ من القانون المدني يثبت للدائن الذي يكون ملتزما بتسليم شيء لمدينه فيمتنع عن تسليمه حتى يستوفي حقه قبل هذا المدين ، طالما أن التزامه بتسليم الشيء مرتبط بسبب الحق الذي يطلب الوفاء به ومترتب عليه ، ومادام أن حق الدائن حال ولو لم يكن بعد مقدرا ، وحق الحبس بهذه المثابة يختلف عن المقاصة التي تكون سبباً لانقضاء الدينين بقدر الأقل منهما ، ذلك أن حق الحبس يظل معه الدينان قائمين ويعد وسيلة استيفاء .

(جلسة ١٩٧٠/٣/١٧ الطعن رقم ٣١ لسنة ٣٦ ق س ٢١ ص ٤٥٩) .

ونفس المبدأ (جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨ الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ١٢٨٧) .

(جلسة ١٩٧٤/١١/٢٥ الطعن رقم ٣٩٠ لسنة ٣٩ ق س ٢٥ ص ١٢٧٨) .

(جلسة ١٩٧٩/٥/٣١ الطعن رقم ٦٩ لسنة ٤٦ ق س ٣٠ ع ٢ . ص ٤٨٨) .

ب – حق الحائز في حبس العقار – مقرر تنفيذاً للحق في الحبس الذي نصت عليه مادة ١/٢٤٦ من القانون المدني – من أن لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا . ومن ثم فإن للحائز أن يحتج بالحق في حبس العقار في مواجهة الغير ومن بينهم الخلف الخاص للبائع ؛ إلا أن هذا الحق لا يسري على من يشهر حقه من أصحاب الحقوق العينية قبل أن يثبت لحائز الحق في حبس العين ، لأن الحق في الحبس لا يختلط بالحقوق العينية ولا يشاركها في مقوماتها ولا يعطي حائز الشيء الحق في التتبع والتقدم .

(جلسة ١٩٧٨/٣/٣٠ الطعن رقم ٩١٥ لسنة ٤٤ ق س ٢٩ ص ٩٣٢) .

(جلسة ١٩٨٥/١٢/٣١ الطعن رقم ٨٨٥ لسنة ٥٢ ق) .

ج – إذا كانت الطاعنة لم تتمسك أمام محكمة الموضوع بحقها في حبس التأمين – المدفوع لها من العامل بمقتضى عقد العمل – تبعا للرهن الحيازي المقرر لها عليه حتى تبرأ ذمة المطعون ضده العامل من المسحوبات فإن هذا الدفاع يكون سبباً جديداً لا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض لما يخالطه من واقع كان يجب عرضه على محكمة الموضوع .

(جلسة ١٩٧٣/٣/٣ الطعن رقم ٤٦٩ لسنة ٣٧ ق س ٢٤ ص ٣٧٢) .

ما أخذه منه ، فكل من هذين الالتزامين مرتبط بالالتزام الآخر ارتباطا تبادليا وأن لم تكون العلاقة بعد انحلال العقد علاقة تعاقدية . وينبني على ذلك أن كلا من الطرفين له أن يمتنع عن رد ما أخذه من الآخر حتى يسترد منه ما أعطاه [1] . وقد تقوم العلاقة التبادلية على غير عقد أصلا ، فيقوم الارتباط على أساس هذا التبادل غير التعاقدي . ففي الفضالة – وهي ليست بعقد – التزامات الفضولي والتزامات رب العمل هي التزامات متبادلة ، ومن ثم قام الارتباط فيما بينها ، ويجوز لكل من الطرفين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفي التزامات الطرف الآخر [2] . وقد تنشأ العلاقة التبادلية من عقد ملزم لجانب واحد ، فتكون علاقة تبادلية تعاقدية . ففي عقد الوديعة يلتزم حافظ الوديعة بردها إلى المودع ، وقد يترتب في ذمة المودع التزام برد ما أنفق حافظ الوديعة عليها من المصروفات أو بتعويض ما أصاب حافظ الوديعة من الضرر بسبب الوديعة . ففي هذه الحالة تكون هناك علاقة تبادلية تعاقدية نشأ عنها التزامان متقابلان : التزام برد الوديعة في ذمة حافظ الوديعة ، والتزام برد المصروفات أو بالتعويض عن الضرر في ذمة المودع . ومن ثم يستطيع حافظ الوديعة أن يحبس التزامه برد الوديعة ، حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض من المودع . ويلاحظ هنا أمران : (أولهما) أن عقد الوديعة ليس مصدراً إلا لأحد الالتزامين المتقابلين وهو الالتزام بالرد في ذمة حافظ الوديعة ، أما الالتزام الآخر – وهو الالتزام برد المصروفات أو الالتزام بالتعويض – فمصدره الإثراء بلا سبب في حالة المصروفات والعمل غير المشروع في حالة التعويض . وهذا بخلاف العقد الملزم للجانبين ، فإنه مصدر كل من الالتزامين المتقابلين اللذين ينشآن عن هذا العقد . ومع ذلك فهناك تقابل واضح ، في حالة الوديعة، ما بين الالتزامين المشار إليهما ، مما حمل الفقهاء على القول بأن هناك علاقة تبادلية نشأ عنها

- د - التزام المشترى برد العقار المبيع بعد فسخ البيع إنما يقابل التزام البائع برد ما قبضه من الثمن ، وأن التزام المشترى برد ثمرات العين المبيعة مقابل التزام البائع برد فوائد ما قبضه من الثمن ، بما مؤداه أن من حق المشترى أن يحبس ما يستحقه البائع في ذمته من ثمار حتى يستوفى منه فوائد ما دفعه من الثمن ".
(جلسة ١٩٧٢/٤/١٨ الطعن رقم ٣٢١ لسنة ٣٧ ق س ٢٣ ص ٧٢١) .

(١) وقد كانت المادة ٢٤٤ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد تنص صراحة على الحق في الحبس في هذه الحالة ، إذ كانت تجيز لكل من الطرفين " أن يحبس ما أخذه مادام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه أو يقدم ضماناً لهذا الرد طبقاً لقواعد العامة المقررة في حق الحبس " . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، إذ هو مجرد تطبيق للحق في الحبس (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣١) .

(٢) ومن العلاقات التبادلية التي لا تقوم على عقد أصلا علاقة الولي أو الوصي أو القيم بالمحجور بعد انتهاء الحجر ، فيكون على الولي أو الوصي أو القيم أن يرد للمحجور ما تحت يده من ماله على أن يسترد ما أنفق من مصروفات ، ومن ثم يجوز له حبس المال حتى يسترد المصروفات (بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٩ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٩ ص ١٩٣) .

الالتزامان المتقابلان ، فالارتباط فيما بينهما ارتباط قانوني [1] . (والأمر الثاني) أنه إذا كان الارتباط هنا ارتباطاً قانونياً ، فهو أيضاً ارتباط موضوعي إذ تنشأ التزام المودع برد المصروفات أو بالتعويض بمناسبة الشيء المحبوس وهو الوديعة ، كما سرى في الارتباط الموضوعي ، وننتقل الآن إليه [2] [I] .

فالارتباط الموضوعي أو المادي ينشأ لا عن علاقة تبادلية ما بين الدينين ، بل عن واقعة مادية هي أن الشيء المحبوس – والالتزام برده هو أحد الدينين – قد نشأ بمناسبته ومرتبطا به (à l'occasion et en connexité) [3] الدين الآخر . فالحائز ، إذا لم تكن بيده

---

(١) ويبدو أن العلاقة التبادلية ما بين الالتزامين في العقد الملزم لجانب واحد محل النظر ، فلكل التزام مصدر مستقل ، وكان من الممكن أن يوجد أي التزام منهما دون أن يوجد الالتزام الآخر . والظاهر في الارتباط هنا أن يكون ارتباطاً موضوعياً أو مادياً ، لا ارتباطاً قانونياً أو تبادلياً .

(٢) والارتباط الموضوعي هنا أكثر وضوحاً وبروزاً من الارتباط القانوني كما سبق القول . أنظر في الأحوال التي يتحقق فيها الارتباط القانوني والارتباط المادي معاً . الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٠ ص ١٩٤ ، وقد أورد ضمن هذه الأحوال حالتي الوكالة والمقاولة . ولكن يلاحظ أن كلا من هذين العقدين ملزم للجانبين ، وأن التزامات كل من الموكل والوكيل مصدرها عقد الوكالة ، كما أن التزامات كل من المقاول ورب العمل مصدرها عقد المقاولة ، فالعلاقة التبادلية بارزة في هاتين الحالتين ، ومن ثم يكون الارتباط القانوني أو التبادلي أكثر وضوحاً فيهما من الارتباط المادي أو الموضوعي .

(I) مفاد نص المادة ٢٤٦ من القانون المدني أن المشرع لا يكتفي في تقرير حق الحبس بوجود دينين متقابلين، وإنما يشترط أيضاً قيام ارتباط بينهما . وفي الوديعة لا يكون للمودع لديه أن يحبس الشيء المودع إلا مقابل استيفائه المصروفات الضرورية أو النافعة التي يكون قد أنفقها على ذات هذا الشيء ، أما المصروفات التي لا تنفق على ذات الشيء المودع فإن التزام المودع بها لا يكون مرتبطاً بالتزام المودع لديه برد الوديعة وبالتالي لا يسوغ للمودع لديه أن يمتنع عن رد الوديعة عند طلبها بحجة اقتضاء مثل هذه المصروفات ، فإذا كان الدين الذي اعتبر الحكم المطعون فيه أن للطاعن الحق في حبس السيارة حتى يستوفيه يتمثل في قيمة أجرة السائق التي قام المطعون عليه بدفعها عن المودع وبتكليف منه فإن هذه الأجرة لا تدخل في نطاق المصروفات التي تجيز للمودع لديه حق الحبس لاستيفائها .
(جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧ الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ص ٩٤٦) .

(٣) هذه العبارة الفرنسية أدق في أداء المعنى من العبارة التي وردت في النص العربي للمادة ٢٤٦ فقرة أولى من التقنين المدني الجديد وقد جاءت على الوجه الآتي : " ... مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به " . فالعبارة العربية توهم أن أحد الالتزامين هو سبب التزام الآخر ، والصحيح أن أحد الالتزامين قد نشأ بمناسبة الالتزام الآخر . وقد كانت العبارة الفرنسية المتقدمة الذكر هي المستعملة في المشروع التمهيدي في نصه الفرنسي ، وبقي النص العربي للمشروع التمهيدي بعبارته غير الدقيقة ، التي انتقلت منه إلى النص النهائي للتقنين الجديد . ثم ترجم هذا النص النهائي غير الدقيق إلى اللغة الفرنسية ، فاستبدلت بعبارة "à l'occasion" عبارة "ayant un rapport de causalité"، وبذلك انتقل التحريف من النص العربي إلى النص الفرنسي ، وبعد أن كان النص العربي وحده هو المعيب ، شمل العيب كلا من النص العربي والنص الفرنسي (أنظر في هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٨ ص ١٩٠ هامش رقم ٣) .

وبين المالك أية علاقة غير الحيازة ، ملزم برد الشيء الذي في حيازته إلى المالك . وقد يصبح دائناً للمالك – بمناسبة هذا الشيء وهذه واقعة مادية – بالمصروفات التي أنفقها على الشيء أو بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من الشيء . ومن هنا وجد الارتباط المادي أو الموضوعي ما بين الدينين ، فحق الحائز قد نجم عن الشيء ذاته الذي يجب عليه رده (debitum cum re junctum) ، ومن ثم جاز له أن يحبس هذا الشيء حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض [١] .

أما إذا لم يقم ما بين الدينين ارتباط قانوني أو ارتباط مادي ، فقد أختل الشرط الثاني للحق في الحبس ، ولم يجز للدائن استعمال هذا الحق . ومجرد وجود التزامين متقابلين بين شخصين ، كل منهما دائن للآخر ومدين له ، لا يكفي لوجود ارتباط ما بين هذين الالتزامين كما قدمنا ، وإن كان هنا ميل عند بعض الفقهاء للقول بأن هذا كاف [٢] ، وأن

(١) وللتمييز بين الارتباط القانوني والارتباط المادي أهمية من وجهين : (١) في الارتباط المادي – في صورة استرداد المصروفات – يحتج بالحق في الحبس حتى على الغير الذي ثبت حقه قبل إنفاق المصروفات ، لأن المصروفات قد أفادت الشيء في ذاته فأفادت تبعاً لذلك كل من يطالب باسترداده . أما في الارتباط القانوني وفي الصور الأخرى للارتباط المادي فلا يحتج بالحق في الحبس على الغير الذي ثبت حقه قبل ثبـوت هذا الحق . (٢) في الارتباط المادي يقتصر الحبس على الشيء ذاته الذي أنفقت عليه المصروفات أو نشأ عنه الضرر . أما في الارتباط القانوني فيشمل الحبس جميع الالتزامات التي على الدائن مادامت مرتبطة بالتزامات المدين ، وقد أوردت المادة ٩٠٢ من المشروع التمهيدي – وهذا النص قد حذف في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة في الحبس – تطبيقاً لهذا الحكم في عقد المقاولة ، إذ نصت على أنه " إذا كان العمل متعلقاً بمنقول ولم يحدد أجل لدفع الأجر ، جاز للمقاول أن يحبس هذا المنقول وغيره من الأشياء التي يكون رب العمل قد سلمها إليه لإجراء العمل ، وذلك إلى أن يستوفي أجره " . وإذا اجتمع النوعان من الارتباط كما في الوديعة ، جاز للدائن أن يستند إلى كل منهما فيما يتفق مع مصلحته ، فيجوز لحافظ الوديعة أن يستند إلى الارتباط المادي ليحتج بحقه على الغير الذي ثبت حقه على الوديعة قبل إنفاق المصروفات ، وأن يستند إلى الارتباط القانوني ليحبس كل ما في يده للمودع ولو لم يرتبط ارتباطاً مادياً بحقه .
أنظر في ذلك : كاسان في تعليقه في سيريه ١٩٢٢ – ٢ – ٢٥ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤١ .

(٢) ويقول بذلك الأساتذة كولان وكابيتان ودي لاموراندير . ويستندون إلى نص المادة ١٢٩٣ من التقنين المدني الفرنسي ، وهي تقضي بأنه لا يحتج بالمقاصة في استرداد المالك لملكه إذا كان هذا الملك قد اغتصب منه دون حق ، ولا في استرداد الوديعة أو العارية . ويقولون أن هذا النص إنما يستقيم إذا فهمت المقاصة على أنها الحق في الحبس ، فلا يصح الحبس من المغتصب لملك الغير ولا ممن أؤتمنَ على وديعة أو عارية ، بل يجب على كل من المغتصب وحافظ الوديعة والمستعير أن يرد للمالك ملكه فوراً ثم يطالبه بعد ذلك بما له من الحقوق عنده . ويستخلصون من ذلك أنه فيما عدا هذه الحالات – الغصب والوديعة والعارية – يجوز الحبس دون أن يكون هناك ارتباط فيما بين الدينين ، ويكفي أن يكون هناك دينان متقابلان ، الطرفان فيهما كل منهما دائن للآخر ومدين له ، حتى يقوم الحق في الحبس (كولان وكابيتان ودي لاموراندير ٢ فقرة ١٤٨٢ ص ٩٣٦ هامش رقم ٢ – قارن أنسيكلوبيدي داللوز ٤ لفظ Rétention فقرة ٣٦) .

التقابل ما بين الدينين لا الرابطة بينهما هو الذي تقف عنده لإعطاء الدائن الحق في الحبس [1] ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

على أنه إذا لم يقم بين الدينين ارتباط قانوني أو ارتباط مادي على النحو الذي بسطناه ، فقد يخلق الاتفاق بين الطرفين هذا الارتباط ، فيتفقان على أن الالتزامات المتقابلة فيما بينهما يجمعها كلها حساب جار غير قابل للتجزئة ، فترتبط التزامات كل منهما بالتزامات الآخر ، ويجوز عندئذ لأي منهما أن يحبس ما في ذمته من التزامات للآخر حتى يستوفي ما له من حقوق عنده . ولكن لما كان مثل هذا الاتفاق أثره مقصور على الطرفين ، فإنه لا يسري في حق الغير . وكما يخلق الاتفاق الارتباط ما بين الدينين، فقد يخلق هذا الارتباط أيضاً نص في القانون . وقد قضت المادة ٣٦٩ من التقنين التجاري الألماني والمادة ٨٩٥ فقرة ثانية من التقنين المدني السويسري بقيام ارتباط ما بين الالتزامات التجارية المتقابلة فيما بين التاجرين .

٦٤٤ – كيف يستعمل الدائن الحق في الحبس عند توافر شرطيه:

واستعمال الدائن الحق في الحبس ، عند توافر الشرطين اللذين تقدم ذكرهما ، لا يقتضي إعذاراً ولا الحصول على ترخيص من القضاء [2] . بل إن الدائن يقف تنفيذ التزامه نحو مدينه

(1) مفاد نص المادة ٢٤٦ من القانون المدني أن لحائز الشيء الذي أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة حق حبسه حتى يستوفي ما هو مستحق له ، يستوي في ذلك أن يكون الحائز حسن النية أو سيئها ، إذ أعطى القانون هذا النص الحق في الحبس للحائز مطلقاً ، وبذلك يثبت لمن أقام منشآت على أرض في حيازته الحق في حبسها حتى يستوفي التعويض المستحق له عن تلك المنشآت طبقاً للقانون .
(جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨ الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ١٢٨٧) .
نفس المبدأ (جلسة ١٩٨٣/٥/٢٤ الطعون أرقام ٩٢٣ ، ١٠٤٩ ، ١٠٨٠ لسنة ٥١ ق س ٣٤ ص ١٢٩٢) .
(جلسة ١٩٩١/٥/٢٨ الطعن رقم ٣١٦٠ لسنة ٥٨ ق) .

(2) أ – استعمال الحق في الحبس لا يقتضي إعذاراً ولا الحصول على ترخيص من القضاء .
(جلسة ١٩٦٧/١/١٩ الطعن رقم ١٥ لسنة ٣٣ ق س ١٨ ص ١٤٣) .
ب – حق الحبس مما يجوز التنازل عنه صراحة أو ضمنا ، ومتى تم هذا التنازل ، فإنه لا يجوز العدول عنه بعد ذلك .
(جلسة ١٩٦٨/٥/١٦ الطعن رقم ٤٠٨ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ٩٦٢) .
ج – إذا لم يتمسك الطاعن أمام محكمة الاستئناف بحقه في حبس أطيان التركة موضوع النـزاع حتى تتم تصفية التركة أو حتى يستوفي ما دفعه عن المطعون ضده من الديون ، فإنه لا يقبل منه إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .
(جلسة ١٩٦٩/١/٢٣ الطعن رقم ٥٨٠ لسنة ٣٤ ق س ٢٠ ص ١٥٥) .

فعلا ؛ وليس من الضروري أن يعرض على المدين تنفيذ هذا الالتزام عرضاً حقيقياً، وإ
يقتصر على وقف التنفيذ . فإذا قاضاه مدينه ، وضع الأمر كله تحت نظر القضاء ، ويغلب أن يحكم على الدائن بتنفيذ التزامه نحو المدين بشرط أن ينفذ المدين التزامه نحوه . وإذ تعذرت معرفة من هو البادئ في عدم التنفيذ جاز للقاضي أن يحكم على كل منهما بإيداع ما التزم به حرانة المحكمة أو عند أمين [1] .

على أنه لا يجوز للدائن أن يتعسف في استعمال حقه في الحبس [1] . فلا يصح أن يستعمله بدعوى أن حقه في ذمة مدينه لم ينفذ تنفيذاً كاملا أو نفذ تنفيذاً معيباً ، ثم يتبين أن الجزء الذي لم ينفذ تافه إلى حد لا يعتد به أو أن العيب في التنفيذ أمر غير ذي خطر [2] . ولا يصح كذلك للدائن أن يستعمل الحق في الحبس ، إذا كان هو المتسبب بغشه أو بإهماله في عدم تنفيذ المدين لالتزامه نحوه . كما لا يصح للدائن أن يستعمل الحق في الحبس إذا كان هو البادئ في عدم تنفيذ التزامه ، فحبس المدين من أجل ذلك ما في ذمته من التزام . كذلك لا يصح للدائن أن يحبس لمدينه ديناً خالياً من النـزاع مستحق الأداء حتى يستوفى منه ديناً لا يزال محل نزاع بينهما ، فلا يجوز للمستأجر أن يحبس الأجرة حتى يقوم المؤجر بترميمات ينازع في أنها واجبة عليه ، ولا يجوز لشركة النور أن تقطع التيار عن المشترك حتى يقوم بدفع زيادة في الاشتراك هي محل تقاض بينهما و لم ينته القضاء من الفصل فيها [3] .

المبحث الثاني

تطبيقات على الحق في الحبس

٦٤٥ — تطبيقات منصوص عليها في القانون وتطبيقات غير منصوص عليها — ندرة التطبيقات الأولى : بعد أن وضع التقنين المدني الجديد

---

(١) بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٥ — فقرة ٤٥٦ .

(1) الحق في الحبس لا يقوم إلا إذا كان الالتزام المقابل المراد الحبس من أجله حالا ، وألا يكون الدائن الحابس متعسفا في استعمال حقه بأن يكون هو البادئ بعدم تنفيذ التزامه الحالي .
(جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٩ الطعن رقم ١٩٨١ لسنة ٥٠ ق) .
جلسة ١٩٦٦/٥/١٠ مجموعة المكتب الفني السنة ١٧ ص ١٠٤٠) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي الخاصة بالمادة ١٦١ مدني في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٣ . وأنظر آنفاً فقرة ٦٤٢ .

(٣) بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٤ ص ٦٠٩ وهامش رقم ٤ — نقض فرنسي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤ جازيت دي باليه ١٩٢٥ — ١ — ١٥٨ — وأنظر آنفاً فقرة ٦٤٢ في الهامش .

قاعدة عامة للحق في الحبس على النحو الذي بسطناه ، اجتزأ بهذه القاعدة عن التبسط في إيراد تطبيقات لهذا الدفع ، خلافا للتقنين المدني السابق الذي أعتبر كما رأينا الحبس حقاً عينياً فأورد جميع حالاته على سبيل الحصر .

ومع ذلك فقد أورد التقنين المدني الجديد بعض تطبيقات في نصوص متفرقة ، نستعرضها هنا ، ثم ننتقل بعد ذلك إلى تطبيقات غير منصوص عليها بعد أن أصبح الحق في الحبس قاعدة عامة لا تحتاج تطبيقاته إلى نصوص خاصة .

وفي كل طائفة من هذه التطبيقات — المنصوص عليها وغير المنصوص — نميز بين تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني أو التبادلي ، وأخرى تقوم على الارتباط المادي أو الموضوعي [1] .

المطلب الأول

تطبيقات منصوص عليها في القانون

§ ١ — تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني أو التبادلي

٦٤٦ — مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد : أهم النصوص التي تورد تطبيقاً للحق في الحبس هو النص الذي يقرر مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) ، فليس هذا المبدأ إلا تطبيقاً من تطبيقات الحق في الحبس كما سبق القول . وقد نصت المادة ١٦١ من التقنين المدني على أنه " في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به " .

وقد سبق أن تبسطنا في شرح هذا المبدأ في الجزء الأول من هذا الوسيط ، فنكتفي بالإحالة إلى ذلك [2] ، وننتقل الآن إلى النصوص التي وردت في التقنين المدني كتطبيقات خاصة لهذا المبدأ .

---

(١) أنظر الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ٢٤١ — فقرة ٣٢٣ (في التطبيقات التي تقوم على الارتباط القانوني أو التبادل) وفقرة ٣٢٤ — فقرة ٣٣٩ (في التطبيقات التي تقوم على الارتباط المادي أو الموضوعي) .

(٢) الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٩٢ — فقرة ٥٠٣ — وأنظر : استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٥٨ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٤٣ — ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٠ — ٣ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٠٤ — ٥ يونية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٥٨ .

٦٤٧ – حق البائع في حبس المبيع :

نصت المادة ٤٥٩ من التقنين المدني على أنه " ١ – إذا كان الثمن كله أو بعضه بستحق الدفع في الحال ، للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة ، هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلا بعد البيع . ٢ – وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ ". ونصت المادة ٤٦٠ على أنه إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشتري ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع " . وفي هذه النصوص تطبيق هام للحق في الحبس متمثلا في الدفع بعدم تنفيذ العقد . فهناك دينان متقابلان تقابلا تبادليا ، دين البائع في تسليم المبيع للمشترى ودين المشترى في دفع الثمن للبائع . ودين المشترى دين حال – أو كان مؤجلا ثم سقط الأجل فأصبح حالا – فيكون للبائع حبس المبيع حتى يستوفى الثمن [1] . وهذا بخلاف ما إذا كان الثمن حالا ثم منح البائع المشترى أجلا بعد البيع ، فيفرض القانون أن البائع بمنحه المشترى هذا الأجل قد نزل عن حقه في الحبس ، فيسقط حقه في حبس المبيع، إلا إذا اشترط غير ذلك ، وعليه هو يقـع عبء إثبـات ما اشترط [1] .

وفي هذا التطبيق الخاص خرج المشرع على الأصل الذي سنراه يقرره في الحق في الحبس بوجه عام ، فلم يجز للمشترى أن يسقط حق البائع في حبس المبيع إذا هو قدم رهناً أو كفالة ، وذلك لاعتبارات خاصة بالبيع ، فإن المبيع نفسه مثقل بامتياز للبائع ، فليس البائع في حاجة إلى مزيد من الضمان ، وإنما هو في حاجة إلى استيفاء حقه .

ونرى أيضاً في هذا التطبيق الخاص أن المشرع قد أورد حكماً من أحكام الحق في الحبس هو الحكم المتعلق بهلاك الشيء المحبوس في يد الحابس ، فإن كان الهلاك بفعله كان مسئولا عن التعويض ، وإن كان بسبب أجنبي فهو على المالك ، والمالك هو المشترى [2] .

٦٤٨ – حق المشتري في حبس الثمن :

نصت المادة ٤٥٧ من التقنين المدني على أنه " ١ – يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك . ٢ – فإذا تعرض أحد للمشترى مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن يـــنزع من يد المشترى، جاز له، ما لم يمنعه شرط في العقد ، أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر. ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا . ٣ – ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيباً في المبيع" وهذا تطبيق آخر للحق في الحبس متمثلا في الدفع بعدم تنفيذ العقد . ونرى فيه المشترى ، وهو مدين بالثمن والدين حال ، يتعرض له أجنبي مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو يخشى هو على المبيع أن ينـــزع من يده لأسباب جدية ، أو يكشف عن عيب في المبيع . في كل هذه الأحوال يكون البائع ملزماً بالضمان ، فيجب عليه أن يمنع التعرض أو يزيل الخطر أو يعوض عن العيب . فهذا دين في ذمة البائع قلم أصبح مستحق الأداء ، يقابله ويرتبط به ارتباطاً تبادلياً الدين الذي في ذمة المشترى بدفع الثمن . فيجوز إذن للمشترى أن يحبس الثمن حتى يستوفى حقه من البائع ، أي حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر أو يتقاضى المشترى تعويضاً عن العيب [1] .

---

(1) إن محكمة موضوع وقد سجلت على المشترى بحق أنه عجز عن إثبات وفائه بالثمن ، فإنه لا يجوز له أن يطلب إجبار البائع على تنفيذ التزاماته التي من شأنها نقل الملكية عن طريق الدعوى المعروفة بصحة التعاقد أو صحة نفاذ العقد ، لأن من حق البائع أن يحبس التزامه هذا حتى يقوم المشترى بتنفيذ ما حل من التزاماته .
(جلسة ١٩٦٧/٣/٣٠ مجموعة المكتب الفني السنة ١٨ ص ٧٤٣) .

(١) أنظر أيضاً فقرة ٦٤٢ في الهامش .

(٢) ذلك أن الملكية قد انتقلت إلى المشترى بالبيع . فإن كان المبيع عقاراً ولم يسجل عقد البيع ، فالملكية وإن لم تنتقل إليه الملكية يعتبر في حكم المالك ، ويكون الهلاك عليه .

(1) أ – أحقية البائع لاقتضاء باقي ثمن المبيع وحق المشترى في حبسه وجهان متقابلان لشيء واحد والقضاء بأحقية البائع لباقي الثمن وبإلزام المشترى بأدائه يندرج فيه حتما القضاء بأن المشترى لا يحق له أن يحبسه ، وتكون دعوى المشترى بأحقيته في حبسه بخشية استحقاق المبيع كله أو بعضه لغير عودة لا تجوز إلى ذات النـــزاع الذي حاز القضاء السابق فيه قوة الأمر المقضي ، وإلا انقلب دفعه بعدم تنفيذ التزامه إلى دفع بعدم تنفيذ الحكم الصادر ضده .
(جلسة ١٩٧٤/٢/١١ الطعن رقم ٣١٩ لسنة ٣٨ ق س ٢٥ ص ٣٢٧) .

ب – مفاد نص المادة ٢/٤٥٧ من القانون المدني أن المشرع أجاز للمشترى الحق في حبس الثمن ، إذا تبين له وجود سبب جدي يخشى معه نزع المبيع من تحت يده ، فمجرد قيام هذا السبب لدى المشترى يخول له الحق في أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذي يتهدده . وعلم المشترى وقت الشراء بالسبب الذي يخشى من نزع المبيع من تحت يده ، لا يكفي بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذي يتهدده ، ويكون في نفس الوقت معتمدا على البائع لدفع هذا الخطر الذي يتهدده ، ويكون في نفس الوقت معتمدا على البائع لدفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي في ذمته من الثمن .
(جلسة ١٩٧٤/١١/٢٥ الطعن رقم ٣٩٠ لسنة ٣٩ ق س ٢٥ ص ١٢٧٨) .

ج – أجاز المشرع للمشترى إذا تبين له وجود سبب جدي يخشى معه نزع المبيع من تحت يده ، الحق في أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذي يتهدده ولئن كان تقدير جدية هذا السبب هو مما يستقل به قاضي الموضوع ، إلا أنه يجب أن يقيم قضاءه في هذا الخصوص على أسباب سائغة تكفي لحمله .
(جلسة ١٩٧٩/٥/٣١ الطعن رقم ٦٩ سنة ٤٦ ق س ٣٠ ص ٤٨٨) .

د – يشترط لقصر حق المشترى في الحبس على جزء من الثمن يتناسب مع الخطر الذي يتهدده ، أن يكون عالما وقت استعمال حق الحبس بمقدار هذا الخطر .
(جلسة ١٩٧٩/٥/٣١ الطعن رقم ٦٩ لسنة٤٦ ق س ٣٠ ص ٤٨٨) .

ويلاحظ هنا أن الشيء المحبوس ليس عيناً معينة بالذات مملوكة للطرف الآخر ، بل هو دين في ذمة الحابس نفسه يمتنع عن أدائه [1] .

ويلاحظ أيضاً أن المشرع هنا رجع إلى تطبيق القواعد العامة في الحبس ، عندما أجاز للبائع أن يسقط حق المشترى في حبس الثمن إذا هو قدم كفيلا .

٦٤٩ – حق المستأجر في حبس العين المؤجرة في مواجهة كل من المؤجر والمشترى للعين : نصت المادة ٦٠٥ من التقنين المدني على أنه " ١ – لا يجوز لمن انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة ولم يكن الإيجار نافذاً في حقه أن يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد التنبيه عليه بذلك في المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣ . ٢ – فإذا نبه على المستأجر بالإخلاء قبل انقضاء الإيجار ، فإن المؤجر يلتزم بأن يدفع للمستأجر تعويضاً ما لم يتفق على غير ذلك ، ولا يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض " . وهذا تطبيق ثالث للحق في الحبس متمثلا أيضاً في الدفع بعدم تنفيذ العقد. ذلك أن المؤجر قد التزم بعقد الإيجار أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة طول مدة الإيجار ، وقد أخل بالتزامه بأن باع العين إلى مشتر لا ينفذ الإيجار في حقه ، فوجب عليه التعويض للمستأجر بموجب عقد الإيجار نفسه . فهنا إذن دينان متقابلان مرتبطان فيما بينهما لأنهما نشأ معاً من عقد الإيجار على وجه التبادل : دين المؤجر أن يدفع تعويضاً للمستأجر لإخلاله بالتزامه ، ودين المستأجر أن يرد العين المؤجرة إلى المؤجر أو خلفه المشترى . فيجوز إذن للمستأجر أن يحبس العين حتى يستوفى التعويض . وهذا الحق في الحبس ليس نافذاً فحسب في حق المؤجر ، بل هو نافذ أيضاً في حق الخلف الخاص للمؤجر وهو المشترى للعين المؤجرة [2] . فيجوز إذن للمستأجر أن يبقى حابساً للعين المؤجرة حتى

(١) استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٤٧ – ٦ يونية سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٤٣ – ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٧ .

(٢) ولكننا سنرى أن الحق في الحبس لا يحتج به على الخلف الخاص إذا كان هذا الخلف قد ثبت حقه على العين قبل ثبوت الحق في الحبس . ولما كان المشترى للعين المؤجرة خلفاً خاصاً للمؤجر ثبت حقه على العين قبل ثبوت الحق في الحبس – لأن حق المستأجر في التعويض فالحبس لم يثبت إلا بعد فسخ الإيجار بالبيع، فحق المشترى على العين الثابت بعقد البيع سابق على حق المستأجر في الحبس – فقد كان الواجب ، طبقاً للقواعد العامة، ألا يحتج المستأجر بحقه في الحبس على المشترى ، وإنما يحتج به على المؤجر وحده . ولكن نصاً خاصاً في القانون – المادة ٥٦٣ سالفة الذكر – هو الذي جعل الحق في الحبس هنا نفاذاً استثناء في حق المشترى . ويذهب جوسران (جزء ٢ فقرة ١٤٦٩) إلى أن الحق في الحبس يجوز الاحتجاج به على الخلف الخاص ولو كان حقه متقدماً على الحق في الحبس ، ومن ثم يجعل نفاذ حق المستأجر في حبس العين المؤجرة على المشترى مجرد تطبيق لهذه القاعدة ، لا استثناء منها تقرر بنص خاص .

في مواجهة المشترى ، إلى أن يستوفى التعويض إما من المؤجر ، وإما من المشترى نفسه نيابة عن المؤجر إذا أراد المشترى أن يتعجل تسلم العين التي اشتراها [1] .

وهنا أيضاً يطبق المشرع القواعد العامة في الحبس ، عندما يسقط حق المستأجر في حبس العين إذا هو حصل ، من المؤجر أو من المشترى ، على تأمين كاف للوفاء بالتعويض المستحق له .

٦٥٠ – حق المستأجر في حبس العين لاستيفاء ما يستحق من التعويض بسبب إنهاء الإيجار قبل انقضاء مدته : نصت المادة ٦٠٨ من التقنين المدني على أنه " ١ – إذا كان الإيجار معين المدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقاً ، على أن يراعي من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة ٥٦٣ ، وعلى أن يعوض الطرف الآخر تعويضاً عادلا ". ٢ – فإذا كان المؤجر هو الذي يطلب إنهاء العقد ، فلا يجبر المستأجر على رد العين المؤجرة حتى يستوفى التعويض أو تحصل على تعويض كاف " . وهذا هو أيضاً تطبيق تشريعي للحق في الحبس . والدينان المتقابلان القائمان على علاقة تبادلية هما: دين المؤجر في إعطاء تعويض للمستأجر لإنهاء عقد الإيجار قبل انقضاء مدته ، ودين المستأجر في ردد العين إلى المؤجر . فللمستأجر إذن أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفى حقه في التعويض ، أو حتى يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا الحق .وليس هذا إلا مجرد تطبيق لأحكام الحبس [1] .

§ ٢ – تطبيقات تقوم على الارتباط المادي أو الموضوعي

٦٥١ – حق الحائز في حبس العين لاسترداد ما أنفقه عليها من المصروفات : تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ من التقنين المدني ، كما رأينا ، على ما يأتي : "ويكون ذلك (أي الامتناع عن الوفاء) بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه ، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما

(١) ويرجع المشترى على المؤجر بما دفعه من تعويض للمستأجر ، إذا كان لهذا الرجوع مقتضى في العلاقة ما بين المشترى والمؤجر .

(1) الأجرة مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة ، فإذا تعرض المؤجر للمستأجر وحال بذلك دون انتفاعه بهذه العين حق للمستأجر أن يحبس عنه الأجرة عن مدة التعرض .
(جلسة ١٩٦٧/١٠/٢٦ الطعن رقم ٢١١ لسنة ٣٤ ق س ١٨ ص ١٥٧٢) .

هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع " . وهذا هو التطبيق الرئيسي للحق في الحبس القائم على الارتباط المادي أو الموضوعي .

ويجب الرجوع ، في تحديد الدينين المتقابلين في هذا التطبيق ، إلى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٩٨٠ ، فقد نصتا على ما يأتي : " ١ — على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية . ٢ — أما المصروفات النافعة فيسرى في شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ " . وهاتان المادتان المشار إليهما في آخر الفقرة الثانية تميزان بين ما إذا كان الحائز الذي أنفق مصروفات نافعة على العين التي حازها كان حسن النية ، أي كان يعتقد عندما أنفق هذه المصروفات أن العين مملوكة له ، أو سيئ النية . فإذا كان حسن النية ، كان له أن ينـــزع ما أحدثه في العين أو يبقيه ، ويخير المالك في حالة الإبقاء بين أن يرد للحائز المصروفات التي أنفقها أو أن يدفع مبلغاً يساوى ما زاد في ثمن العين بسبب هذه المصروفات (م ٩٢٥ فقرة أولى مدني) . أما إذا كان سيئ النية ، فللمالك أن يطلب إزالة ما أحدثه الحائز في العين على نفقة الحائز مع التعويض إن كان له وجه ، أو أن يستبقيه ويخير في هذه الحالة بين دفع قيمته مستحق الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد في ثمن العين بسبب هذه المصروفات (م ٩٢٤ فقرة أولى مدني) . ونرى من ذلك أن الحائز [1] ، إذا أنفق مصروفات ضرورية على العين ، كان له أن يستردها جميعاً من المالك ، سواء كان هو حسن النية أو سيئها . وإذا أنفق مصروفات نافعة ، فإن كان حسن النية ، كان على المالك أن يرد له أقل القيمتين : مقدار هذه المصروفات أو الزيادة في ثمن العين بسببها . وإن كان سيئ النية ، كان على المالك أن يرد له أقل القيمتين ، الزيادة في ثمن العين بسبب المصروفات أو قيمة ما استحدث في العين مستحق الإزالة . ففي جميع الأحوال يكون هناك دينان متقابلان : (١) دين على المالك للحائز هو رد قيمة من القيم سالفة الذكر في نظير ما أنفق الحائز من مصروفات على العين [2] . ومصدر هذا الدين هو الإثراء بلا سبب . (٢) دين على الحائز للمالك هو رد العين إليه ، ومصدر هذا الدين قد يكون

(١) والحائز يجب أن يفهم بمعنى واسع : فهو الحائز الذي يضع يده على العين كمالك (possessur) ، والمحرز الذي يحوز العين حيازة مادية (délenteur) دون أن يضع يده كمالك وذلك كالمستأجر والمستعير وحافظ الوديعة والدائن المرتهن رهن حيازة . وقد صرحت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ بذلك حين قالت : " ... حائز الشيء أو محرزه ... " .

(٢) هذا ما لم يكن الحائز حسن النية قد اختار نزع ما أحدثه (م ٩٢٥ فقرة أولى) ، أو اختار المالك تمليك العين للحائز حسن النية نظير تعويض عادل (م ٩٢٥ فقرة ٢) ، وما لم يكن المالك قد طلب من الحائز سيئ النية إزالة ما استحدثه (م ٩٢٤ فقرة أولى) ، أو طلب الحائز سيئ النية نزع ما استحدثه ولم يختر المالك استبقاءه (م ٩٢٤ فقرة ٢) .

الإثراء بلا سبب لأن الحائز يثرى على حساب المالك لو استبقى العين ، وقد يكون العقد كما في حيازة الدائن المرتهن للعين التي ارتهنها رهن حيازة فإنه يجب عليه ردها للمالك بموجب عقد الرهن ، وقد يكون العمل غير المشروع كما لو اغتصب الحائز العين من مالكها أو سرقها أو استولى عليها وهي ضائعة ، وقد يكون القانون كما في حيازة الوصي لأعيان القاصر فإنه يجب عليه ردها عند انتهاء الوصاية بحكم القانون . ففي هذه الأحوال — عدا حالة ما إذا كان التزام الحائز بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع كما سبق القول — تتوافر شروط نشوء الحق في الحبس ، إذ يوجد دينان متقابلان ، وهما مرتبطان أحدهما بالآخر ، فالدين برد المصروفات قد نشأ بمناسبة العين الواجبة الرد . فيجوز إذن للحائز أن يحبس العين حتى يسترد المصروفات على النحو الذي تقدم ذكره [1] .

وقد قام خلاف ، في عهد التقنين المدني السابق ، فيما إذا كان الحائز سيئ النية له الحق في حبس العين [2] . فحسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف ، إذ أعطى الحق في الحبس للحائز مطلقاً ، حسن النية كان أو سيئ النية ، وإن يكن التعويض المستحق للحائز سيئ النية أقل من التعويض المستحق للحائز حسن النية على الوجه الذي تقدم بيانه .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥١ .

(٢) وكان الرأي الراجح هو أن للحائز سيئ النية الحق في حبس العين (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٠٩ ص ٤١٥ — قنا الكلية ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٥١ ص ٥٣٥ — الإسكندرية الكلية الوطنية ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٢٣ ص ٦٤٩) . أنظر عكس ذلك وأن الحائز سيئ النية ليس له الحق في الحبس : استئناف أسيوط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٤ ص ٣٩٩ .

أما في فرنسا فالفقه منقسم : فمن الفقهاء من لا يجعل الحق في الحبس إلا للحائز حسن النية ، فينكر هذا الحق على الحائز سيئ النية ، مترسماً في ذلك أثر القانون الروماني وتقاليد القانون الفرنسي القديم (توبيه ٣ فقرة ١٣٠ — ديرانتون ٤ فقرة ٣٨٢ — ترولونج ١ فقرة ٢٦٠ — جيلوار في حق الحبس فقرة ٧١) . ومن الفقهاء من يجعل الحق في الحبس للحائز حسن النية وللحائز سيئ النية على السواء (ديمولومب ١ فقرة ٦٨٢ — بيدان ١ فقرة ٢٥٠ — بلانيول ٢ فقرة ٢٥٢٤) . وعند الفقهاء الذين لا يكتفون بقيام الارتباط ما بين الدينين لإثبات الحق في الحبس ، بل يشترطون فوق ذلك أصلاً مشتركاً سببين ، لا يجوز استعمال الحق في الحبس لا للحائز سيئ النية ولا للحائز حسن النية (أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة — بودري ٦ فقرة ١٨١ وما بعدها و ٢٩ فقرة ٢٩٨ — بودري وشوفو فقرة ٣٦٧) . أما القضاء الفرنسي فينكر الحق في الحبس على الحائز سيئ النية ، ولا يجعل هذا الحق إلا للحائز حسن النية (نقض فرنسي ٢٥ مايو سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٢ — ١ — ٢٧٩ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٤ — ١ — ٢٤١ — ١٣ يوليو سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٢٢) . وينتقد جوسران هذا القضاء ، فيقول : إما ألا يعطى الحائز سيئ النية تعويضاً أصلاً ، وإما أن يعطى تعويضاً فيكون له الحق في الحبس لضمان هذا التعويض ، وليس حتماً أن يكون الحائز سيئ النية شخصاً فاسد الذمة ، فالمستأجر للعين والشريك في الشيوع كلاهما حائز سيئ النية ، وسواء كان الحائز حسن النية أو سيئها فالارتباط حر هو قائم ما بين الدينين (جوسران ٢ فقرة ١٤٧٥) .

هذا وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٨٠ من التقنين المدني على ما يأتي : " فإذا كانت المصروفات كمالية ، فليس للحائز أن يطالب بشيء منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينـزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة " . ونرى من ذلك النص أن الحائز ، سواء كان حسن النية أو سيئها ، إذا أنفق مصروفات كمالية ، فليس له أن يتقاضى عنها تعويضاً. وليس له إلا أن ينـزع ما استحدثه من منشآت على نفقته ، على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، وإن تعذر ذلك فعليه أن يدفع تعويضاً عما أحدثه من الضرر . وللمالك أن يلزمه بنـزع ما استحدثه على نفقته ، مع إعادة الشيء إلى حالته الأولى والتعويض إن كان له مقتض . وللمالك أيضاً أن يستبقي ما استحدثه الحائز ، وعند ذلك يلتزم بدفع قيمته مستحق الإزالة . ونرى — وأن كانت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ لم يتناول نصها هذه الحالة — أن المالك إذا استبقى ما استحدثه الحائز في مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة ، كان الارتباط المادي قائماً ما بين الدينين المتقابلين ، وجاز للحائز أن يحبس العين حتى يستوفي من المالك حقه . وليس هذا إلا تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة في الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ ، وإذا كانت الفقرة الثانية من هذه المادة لم تتناول هذه الحالة ، فذلك لأنه يغلب في المصروفات الكمالية أن تنـزع أو أن تترك دون تعويض ، فلم يعرض لها النص كما عرض للمصروفات الضرورية والمصروفات النافعة [1] .

ونصت المادة ٩٨٢ من التقنين المدني على أنه " يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين ، وله أن يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة... " . فإذا قضت المحكمة بأن يكون الوفاء على أقساط دورية ، فقد أصبح الدين غير حال ، ويترتب على عدم حلول الدين أن يفقد الدائن حقه في حبس العين ، لأنه لا يجوز له الحبس إلا في دين حال كما قدمنا . ويفارق التقسيط الممنوح من القاضي الأجل الذي يمنحه القاضي في الحالات العادية (délai de grâce) — وهذا الأجل الأخير لا يمنع من الحبس كما رأينا — في أن الغرض المقصود بالتقسيط هو إلا يرهق المالك بدفع مبلغ جسيم من المال دفعة واحدة،

(١) وقد نصت المادة ٩٨١ من التقنين المدني على أنه " إذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق وأثبت أنه أدى إلى سلفه ما أنفق من مصروفات ، فإن له أن يطالب بها المسترد " . ويفترض هذا النص أن الحائز الحالي ليس هو نفسه الذي أنفق المصروفات ، بل الذي أنفقها هو المالك الظاهر أو الحائز السابق الذي انتقلت منه إليه الحيازة ، فله أن يستردها — على النحو المبين فيما سلف — من المالك الحقيقي عندما يسترد هذا ملكه . وعندئذ يجوز للحائز الحالي أن يحبس العين حتى يستوفي حقه من المالك ، تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة في الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ .

فقسط عليه التعويض تيسيراً له ، وليس من التيسير أن يحرم من ملكه ويبقى الحائز حابساً له حتى يستوفي القسط الأخير . على أن النص يقضي بأن هذا التقسيط الذي يمنحه القاضي مشروط بتقديم الضمانات اللازمة ، وقد رأينا أن القواعد العامة للحبس تسقط الحق فيه إذا قدمت هذه الضمانات . فللمالك إذن أن يسترد ملكه من الحائز ، إما لأن الدين الذي في ذمته غير حال ، وإما لأنه يكون قد قدم ضمانات كافية للوفاء بهذا الدين .

٦٥٢ — حق صاحب العلو في حبس السفل بعد أن يعيد بناءه :

وهذه حالة تقوم على فكرة أن المصروفات التي أنفقت كانت ضرورية، لا في حفظ الشيء، بل فيما هو أبعد مدى من ذلك : في إنشاء الشيء مرة أخرى . فإذا كان هناك بناء ، له صاحب للعلو وصاحب للسفل ، وانهدم، وجب أن يبدأ صاحب السفل في إعادة بناء سفله، حتى يتمكن صاحب العلو من إعادة بناء علوه . فإذا امتنع صاحب السفل من إعادة بناء سفله ، وطلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل ، جاز له أن يفعل ذلك على نفقة صاحب السفل ، وله أن يحبس السفل حتى يستوفي حقه من صاحبه . وقد نصت المادة ٨٦٠ من التقنين المدني على هذا الحكم في العبـارات الآتية: " ١ — إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله . فإذا امتنع، جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل ، إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه . ٢ — وفي الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدي ما في ذمته ، ويجوز له أيضاً أن يحصل على إذن في إيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه " .

ويلاحظ أن الحق في الحبس هنا قد يقترن ، بإذن من القاضي ، بأن ينتفع الحابس بالعين المحبوسة أو بأن يستغلها حتى يستوفي حقه من ثمرها ، وهذا استثناء من القواعد العامة للحق في الحبس ، كما سنرى ، تبرره ظروف الحالة التي نحن بصددها .

المطلب الثاني

تطبيقات غير منصوص عليها في القانون

٦٥٣ — تطبيقات تذكر لا على سبيل الحصر : ولما كانت القاعدة العامة في الحبس الواردة في الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ قد أغنت المشرع في التقنين المدني الجديد عن الإكثار من إيراد التطبيقات ، فقد اقتصر هذا التقنين على التطبيقات التشريعية التي أسلفنا ذكرها ، وترك الباقي للقاعدة العامة . فنستعرض بعض تطبيقات لم يرد فيها نص

فيكتفي فيها بأعمال القاعدة العامة ، وغني عن البيان أن هذه التطبيقات لا نذكرها هنا على سبيل الحصر ، إذ توجد تطبيقات أخرى كثيرة غيرها لا يمكن حصرها، ويكفي فيها تطبيق القاعدة العامة في الحبس .

ونترك جانباً حق الحبس في رهن الحيازة ، فهذا قد نظمه القانون [1] . وهو يختلف عن الحبس الذي نحن بصدده في أنه يقترن بحق عيني هو حق الرهن ، ومكان دراسته في الرهن الحيازي . كذلك نترك جانباً حقوق الامتياز التي تقوم على فكرة الرهن ، فترتب حقاً في الحبس مصحوباً بحق امتياز ، وذلك كحق امتياز المؤجر [2] وحق امتياز صاحب الفندق [3] ، فهذه مكان دراستها في حقوق الامتياز .

ونميز هنا أيضاً ، كما فعلنا فيما تقدم ، بين تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني أو التبادلي وتطبيقات تقوم على الارتباط المادي أو الموضوعي .

§ ١ – تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني أو التبادلي

٦٥٤ – حق المؤجر في حبس العين المؤجرة وحق المستأجر في حبس الأجرة : في عقد الإيجار ، وهو عقد ملزم للجانبين ، إذا لم يستوف المؤجر الأجرة الحالة كان له أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفيها [4] . وهذا تطبيق لمبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد، أي للحق في الحبس ، لم يرد فيه نص وليس في حاجة إليه .

والذي يقف النظر عنده في هذا التطبيق أن العين المحبوسة هي ملك للدائن الحابس، فالمؤجر يحبس العين التي أجرها وهي في الكثرة الغالبة من الأحوال ملكه . وقد كان هذا التطبيق ، باعتباره تطبيقاً للحق في الحبس ، يبدو غير مستقيم في عهد التقنين المدني السابق الذي كان يعد حق الحبس حقاً عينياً ، إذ المالك لا يكون له حق عيني على ملك نفسه غير حق الملكية [5] . أما في التقنين المدني الجديد ، حيث الحق في الحبس لا يعتبر حقاً عينياً بل هو مجرد دفع بعدم التنفيذ ، فالتطبيق مستساغ معقول .

(١) أنظر بوجه خاص المادة ١١١٠ من التقنين المدني .
(٢) أنظر المادتين ٥٨٩ و ١١٤٣ من التقنين المدني .
(٣) أنظر المادة ١١٤٤ من التقنين المدني .
(٤) استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٦ (في عهد التقنين المدني السابق كتطبيق لمبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد) .
(٥) إلا في حالات خاصة ، كالحائز للعين المرهونة (tiers détenteur) عندما يحل محل الدائن المرتهن في العين المرهونة ، فيكون له حق رهن على ملك نفسه

كذلك للمستأجر ، لنفس الأسباب المتقدمة ، أن يحبس الأجرة حتى يتسلم العين المؤجرة ، إذا لم يكن مشترطاً تعجيل الأجرة قبل تسليم العين .

٦٥٥ – حق المستأجر في حبس العين المؤجرة للتحسينات التي استحدثها : نصت المادة ٥٩٢ من التقنين المدني على أنه " ١ – إذا أوجد المستأجر في العين المؤجرة بناء أو غراساً أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد في قيمة العقار ، التزم المؤجر أن يرد للمستأجر عند انقضاء الإيجار ما أنفقه في هذه التحسينات أو ما زاد في قيمة العقار ، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك . ٢ – فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضته ، كان له أيضاً أن يطلب من المستأجر إزالتها، وله أن يطلب فوق ذلك تعويضاً عن الضرر الذي يصيب العقار من هذه الإزالة إن كان للتعويض مقتض . ٣ – فإذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات في مقابل رد إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما ، جاز للمحكمة أن تنظره إلى أجل للوفاء بها " . فهذا النص يميز بين ما إذا كان المستأجر قد استحدث التحسينات بعلم من المؤجر ومن غير معارضة منه ، دون أن يكون بينهما اتفاق ، أو استحدثها دون علم المؤجر أو رغم معارضته . ففي الحالة الأولى يخير المؤجر في أن يدفع للمستأجر أما ما أنفقه هذا في التحسينات وإما ما زاد في قيمة العقار بسببها . وللمستأجر ، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ومن غير حاجة إلى نص خاص، أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفى من المؤجر إحدى القيمتين المشار إليهما . وفي الحالة الثانية يكون المؤجر بالخيار بين طلب إزالة التحسينات مع التعويض أن كان له مقتض ، وبين استبقاء هذه التحسينات في مقابل رد إحدى القيمتين إلى المستأجر ، كان لهذا ، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ومن غير حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفي ما له في ذمة المؤجر . فإذا نظر المؤجر إلى أجل ، تطبيقاً للفقرة الثالثة من المادة ٥٩٢ ، لم يعد للمستأجر الحق في حبس العين لأن الدين المقابل أصبح غير حال ، قياساً على ما قدمناه في حالة ما إذا قضت المحكمة بأن يكون الوفاء بالمصروفات للحائز على أقساط دورية وفقاً للمادة ٩٨٢ [1] .

٦٥٦ – حق المتقايض في حبس ما قايض به : في عقد المقايضة يلتزم كل من المتقايضين أن يسلم للآخر الشيء الذي قايض به ، وتسرى على المقايضة أحكام البيع (م ٤٨٥ مدني) . فيجوز إذن لكل من المتقايضين ، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ، أن يحبس الشيء الذي قايض به حتى يقبض الشيء الذي قايض عليه . ولما كانت أحكام البيع

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٥١ .

تسرى على المقايضة ، فإن الأحكام المتعلقة بحبس البائع للمبيع ، وقد تقدم ذكرها ، تنط
هنا[1] .

٦٥٧ – حق الواهب في حبس الهبة وحق الموهوب له في حبس العوض :

العوض : نصت المادة ٤٩٧ من التقنين المدني على أن " يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض ، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبي أم للمصلحة العامة " . فهنا التزامان متقابلان مرتبطان أحدهما بالآخر ارتباطاً تبادلياً : التزام الواهب بتسليم العين الموهوبة ، والتزام الموهوب له بتسليم العوض . فيجوز إذن لكل من المتعاقدين تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس الالتزام الذي في ذمته حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما في ذمته من التزام .

٦٥٨ – حق المقاول في حبس العمل وحق رب العمل في حبس الأجرة :

الأجرة : نصت المادة ٦٥٦ من التقنين المدني على أنه " يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل ، إلا إذا قضي العرف أو الاتفاق بغير ذلك " . فهنا التزامان متقابلان يرتبط أحدهما بالآخر ارتباطاً تبادلياً : التزام المقاول بتسليم العمل والتزام رب العمل بدفع الأجرة . فيجوز إذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقاً لقاعد الحق في الحبس دون حاجة إلى نص خاص[2] ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يستوفي حقه من المتعاقد الآخر[3] .

٦٥٩ – حق الموكل في حبس الأجرة والتعويض وحق الوكيل في حبس ما للموكل في ذمته :

حبس ما للموكل في ذمته : نصت المادة ٧١٠ من التقنين المدني على ما يأتي : " على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق ،

(١) ويمكن القول بأنه حق المتقايض في حبس ما قايض به ورد فيه النص الخاص بحبس البائع للمبيع (م ٤٥٩ مدني)، إذ أن المادة ٤٨٥ مدني تنص على أنه "تسرى على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل المتقايضين بائعاً للشيء الذي قايض به ومشترياً للشـــيء الذي قايض عليه".

(٢) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص خاص سبقت الإشارة إليه ، وهو المادة ٩٠٢ من هذا المشروع ، وكانت تجرى ، كما رأينا ، على الوجه الآتي : " إذا كان العمل متعلقاً بمنقول ولم يحدد أجل لدفع الأجر ، جاز للمقاول أن يحبس هذا المنقول وغيره من الأشياء التي يكون رب العمل قد سلمها إليه لإجراء العمل ، وذلك إلى أن يستوفي أجره " . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة " اكتفاء بالقواعد العامة في حق الحبس " (مجموعة الأعمـــال التحضيرية ٥ ص ٤٧ هامش رقم ١) ، كما سبق القول (أنظر آنفاً فقرة ٦٤٣ في الهامش) .

(٣) أنظر في عهد التقنين المدني السابق ، وكتطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد : مصر الكلية الوطنية ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٠ ص ٤٧٠ .

وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة " . ونصت المادة ٧١١ على أ
" يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكال
تنفيذاً معتاداً " . ونصت المادة ٧٠٦ على أنه " ١ – ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل
لصالح نفسه . ٢ – وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت أن يعذر " . فهذ
التزامات متقابلة مرتبطة بعضها ببعض ارتباطاً تبادلياً ومصدرها جميعاً عقد واحد ملز
للجانبين هو عقد الوكالة[1] . فيجوز إذن ، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ودون حاجة إلى
نص خاص[2] ، لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفي حقوقه من
المتعاقد الآخر[3] .

٦٦٠ – حق المستعير في حبس العارية وحق المعير في حبس ما في ذمته للمستعير :

ذمته للمستعير : نصت المادة ٦٣٧ من التقنين المدني على أنه : " ١ – إذا اضط
المستعير إلى الإنفاق للمحافظة على شيء أثناء العارية ، التزم المعير أن يرد إليه ما أنفقه من
المصروفات . ٢ – أما المصروفات النافعة فتتبع في شأنها الأحكام الخاصة بالمصروفات التي
ينفقها من يحوز الشيء وهو سيئ النية ". ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٣٨ على ما يأتي
" ولا ضمان عليه (على المعير) كذلك في العيوب الخفية ، غير أنه إذا تعمد إخفاء العيب أو
إذا ضمن سلامة الشيء منه ، لزمه تعويض المستعير عن كل ضرر يسببه ذلك " . ونصت
الفقرة الأولى من المادة ٦٤٢ على أنه "متى انتهت العارية وجب على المستعير أن يرد الشيء
الذي تسلمه بالحالة التي يكون عليها ، وذلك دون إخلال بمسئوليته عن الهلاك أو التلف " .
فهذه أيضاً التزامات متقابلة يرتبط بعضها ببعض ، فعلى المستعير أن يرد العارية عند انتهاء
العقد ، وعلى المعير أن يعوض المستعير عن المصروفات وعن العيوب الخفية على النحو المبين
في النص . فيجوز إذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس دون حاجـــة إلى نص
خاص[4] ، أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفي حقوقه ، وبوجه خاص يجوز للمستعير
أن يحبس العارية حتى يستوفي ما في ذمة المعير بسبب المصروفات أو بسبب العيوب الخفية .

(١) قارن الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٢٩ ص ١٩٢ .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص خاص هو المادة ٩٨٧ من هذا المشروع وكانت تجرى على الوجه الآتي : " للوكيل الحق في حبس الأشياء التي يملكها الموكل وتكون في يد الوكيل بحكم الوكالة ، وذلك ضماناً لتنفيذ الموكل لالتزاماته " . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة " لأن حكمها مستفاد من قواعد الحبس " (مجموعة الأعمـــال التحضيرية ٥ ص ٢١٩ هامش رقم ١) .

(٣) أنظر في عهد التقنين المدني السابق وكتطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد : استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ .

(٤) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص خاص هو المادة ٨٥٥ من هذا المشروع وكانت تجرى على الوجه الآتي: " للمستعير أن يحبس الشيء تحت يده ، حتى يستوفي ما يستحقه بمقتضى =

٦٦١ – حق حافظ الوديعة في حبسها وحق المودع في حبس ما في ذمته لحافظ الوديعة :

نصت المادة ٧٢٥ من التقنين المدني على ما يأتي : " على المودع أن يرد إلى المودع عنده ما أنفقه في حفظ الشيء ، وعليه أن يعوضه كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة " . ونصت المادة ٧٢٢ على أنه " يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده . وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسلم الشيء في أي وقت ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لصلحة المودع " . فهنا أيضاً التزامات متقابلة يرتبط بعضها ببعض ، فعلى حافظ الوديعة أن يرد الوديعة ، وعلى المودع أن يعوض حافظ الوديعة عن المصروفات وعما لحق هذا من خسارة بسبب الوديعة . فيجوز إذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفي حقوقه ، ومن ثم يجوز لحافظ الوديعة أن يحبس العين المودعة حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض بحسب الأحوال [1] .

٦٦٢ – الحبس في حالة إبطال العقد أو فسخه :

نصت المادة ١٤٢ من التقنين المدني على أنه " ١ – في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل . ٢ – ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد " . ونصت المادة ١٦٠ على أنه " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض". ففي جميع هذه الأحوال تكون هناك التزامات متقابلة ارتبط بعضها ببعض ، وقد نشأت عن انحلال الرابطة التعاقدية إما بالإبطال أو بالفسخ ، فوجب على كل من الطرفين أن يرد للطرف الآخر ما أخذه منه بسبب تنفيذ العقد . ومن ثم يجوز لكل من الطرفين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى

= المادتين السابقتين من مصروفات وتعويضات " . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة " اكتفاء بالقواعد العامة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٧٣ هامش رقم ١) .

(1) لا يكون للمودع لديه أن يحبس الشيء المودع إلا مقابل استيفائه المصروفات الضرورية أو النافعة التي يكون قد أنفقها على ذات الشيء ، أما المصروفات التي لا تنفق على ذات الشيء المودع ، فإن التزام المودع بها لا يكون مرتبطاً بالتزام المودع لديه برد الوديعة ، وبالتالي لا يسوغ للمودع لديه أن يمتنع عن رد الوديعة عند طلبها ، بحجة اقتضاء مثل هذه المصروفات .
(جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧ الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ص ٩٤٦) .

نص خاص [1] ، أن يحبس ما في يده للطرف الآخر حتى يسترد ما له في يد هذا الطرف [2] [1] .

وتطبيقاً لما تقدم نصت المادة ٤٦٨ من التقنين المدني ، في بيع ملك الغير ، على أنه " إذا حكم للمشترى بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية " فيجوز إذن للمشترى أن يحبس المبيع عن البائع حتى يستوفي هذا التعويض [3] . ونصت المادة ٥٠٣ ، في الهبة ، على أنه " ١ – يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن . ٢ – ولا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى ، وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من مصروفات ضرورية ، أما المصروفات النافعة فلا يجاوز في الرجوع بها القدر الذي زاد في قيمة الشيء الموهوب " . ويتبين من ذلك أن الموهوب له ، بعد الرجوع

(١) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص خاص هو المادة ٢٢٤ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتي : " إذا انحل العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأي سبب آخر ، وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه ، جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه مادام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه أو يقدم ضماناً لهذا الرد ، وذلك طبقاً للقواعد المقرر في حق الحبس " . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة "لأنها تطبيق للقاعدة العامة في حق الحبس " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ هامش رقم ١) . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٦٤٣ في الهامش) .

(٢) أنظر في عهد التقنين المدني السابق كتوسع في حق البائع في حبس المبيع : مصر الكلية الوطنية ٤ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٢٢ ص ٦٧٥ .

(1) للمشترى حق حبس العين المحكوم بفسخ عقد البيع الصادر له عنها حتى يوفيه البائع ما دفعه من الثمن تأسيساً على أن التزامه بتسليم العين بعد الحكم بالفسخ يقابله التزام البائع برد ما تسلمه من الثمن ، إلا أن حق المشترى في الحبس ينقضي بوفاء البائع بالتزامه .
(جلسة ١٩٦٨/٦/٢٧ السنة ١٩ ص ١٢٢٩) .

(٣) على أن الحبس في هذه الحالة يكون في مواجهة البائع لملك الغير ، لا في مواجهة المالك الحقيقي ، وكذلك إذا فسخ البيع فلا يكون الحبس لاسترداد الثمن إلا في مواجهة البائع ، وهذا يقتضي أن يكون الفسخ قد أعاد الملكية إلى البائع . وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن التسليم تجوزا لمشترى بحق حبس العقار المبيع إذا فسخ عقده حتى يستوفي ما قدمه من ثمن ، قياساً على حق البائع في الحبس ، يجب ألا يخرج عن الحالة التي يكون فسخ العقد فيها قد أعاد الملكية إلى البائع ، فبذلك لا يكون ثمة شذوذ في الأوضاع القانونية أو تناقض مع المنطق السليم ، بعكس ما إذا كان فسخ العقد بسبب وجود بيع سابق فلا يعيد الملكية إلى البائع، وإلا أدى القول بذلك إلى أن يبيع الشخص ملك غيره ، فينتزعه المشترى من المالك الحقيقي ويحبسه حتى يستوفي ثمنه (٤ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٢٢ ص ٦٧٥ وهو الحكم الذي تقدمت الإشارة إليه في الهامش السابق) .

وسنرى فيما يلي (أنظر فقرة ٦٧٤ في الهامش) أن المالك للعين المحبوسة لا يحتج عليه بالحبس إذا لم يكن هو المدين للحابس .

في الهبة ، يلتزم برد الشيء الموهوب مع ثمراته ، ويلتزم الواهب برد المصروفات التي [illegible] الموهوب له ، وكل ذلك على الوجه المبين في النص . فيجوز لكل من الطرفين أن يمتنع [illegible] تنفيذ التزاماته حتى يتقاضى ما له من حقوق ، ويجوز بوجه خاص أن يحبس الموهوب له العين الموهوبة حتى يسترد ما أنفقه من المصروفات .

٦٦٣ – الحبس في حالة الفضالة : نصت المادة ١٩٣ من التقنين المدني على أن " يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة ، وتقديم حساب عما قام به " . ونصت المادة ١٩٥ على أنه " يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل ، متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة . وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التي التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن يعوضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل . ولا يستحق الفضولي أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته " . ويتبين من ذلك أن هناك التزامات متقابلة ما بين الفضولي ورب العمل قد ارتبط بعضها ببعض ، ونشأت كلها عن علاقة تبادلية غير تعاقدية . فالفضولي يلتزم برد ما استولى عليه بسبب الفضالة وبتقديم حساب عما قام به، ورب العمل يلتزم بتعويض الفضولي عن التعهدات التي التزم بها وعن النفقات التي سوغتها الظروف وعن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بأعمال الفضالة . ومن ثم يجوز لكل من الطرفين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفي حقوقه من الطرف الآخر [1] [1] .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٤٣ – هذا يجوز للوكيل بالعمولة أن يحبس البضائع والأوراق التي اشتراها لحساب موكله ودفع ثمنها ، حتى يستوفي منه الثمن والعمولة (بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٣٦) . كما يجوز للمحامي أن يحبس عن موكله أوراق القضية حتى يستوفي أتعابه ، بل ويجوز له ، وفقاً للقضاء الفرنسي، أن يحبس أيضاً عن الموكل المستندات والأوراق الأصلية (نقض فرنسي ١٠ لأغسطس سنة ١٨٧٠ داللوز ٧١ –١– ٤٠). وكانت المادة ٢٩ من قانون المحاماة (رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤) لا تبيح للمحامي أن يحبس عن موكله ما عهد به إليه من مستندات وأوراق أصلية إلى أن يستوفي ما له من أتعاب . وهناك تطبيقات أخرى كثيرة غير التي ذكرناها يرجع فيها إلى القاعدة العامة في الحبس . فنكتفي بما قدمناه .

(1) لحائز الشيء الذي أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة حق حبسه حتى يستوفي ما هو مستحق له ، يستوي في ذلك أن يكون الحائز حسن النية أو سيئها ، إذ أعطى القانون بنص المادة ٢٤٦ هذا الحق في الحبس للحائز مطلقاً ، وبذلك يثبت لمن أقام منشآت على أرض في حيازته الحق في حبسها حتى يستوفي التعويض المستحق له عن تلك المنشآت طبقاً للقانون .
(جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨ الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ١٢٨٧) .

§ ٢ – تطبيقات تقوم على الارتباط المادي أو الموضوعي

٦٦٤ – الحبس في حالات الالتصاق : سبق الكلام في حق الحائز في حبس العين لاسترداد ما أنفقه عليها من المصروفات [1] . فإذا كان هذا الحائز أقام على أرض الغير منشآت ، فقد تكفلت المواد ٩٢٤ إلى ٩٢٦ من التقنين المدني ببيان الحكم في ذلك ، مميزة بين ما إذا كان الحائز حسن النية أو سيئ النية .فإذا كان حسن النية ، خير صاحب الأرض بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت . أو أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض . ففي الحالات التي يستبقي فيها صاحب الأرض المنشآت مقابل دفع قيمة من القيم السالفة الذكر ، يكون هناك دينان متقابلان يرتبط كل منهما بالآخر ارتباطاً مادياً ، فعلى الحائز أن يرد الأرض لصاحبها ، وعلى صاحب الأرض أن يدفع للحائز القيمة التي اختار دفعها له . فيجوز إذن لكل من الطرفين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس دون حاجة إلى نص خاص ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يتقاضى حقه ، وبخاصة يجوز للحائز أن يحبس الأرض عن صاحبها حتى يتقاضى منه التعويض المستحق .

٦٦٥ – حبس المشترى للعين المؤجرة : نصت المادة ٩٤٦ من التقنين المدني على أنه " ١ – إذا بني المشترى في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة في الشفعة ، كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشترى أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس . ٢ – وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة ، كان للشفيع أن يطلب الإزالة . فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس ، فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس " . ويتبين من النص أنه يجب التمييز بين ما إذا كان المشترى بني أو غرس قبل إعلان الرغبة في الشفعة ، أو بعد إعلان هذه الرغبة . ففي الحالة الأولى يكون المشترى حسن النية ، فله الخيار في أن يسترد من الشفيع إما المبلغ الذي أنفقه فعلا أو ما زاد في قيمة العقار . وفي الحالة الثانية يكون المشترى سيء النية ، ومن ثم يكون للشفيع طلب الإزالة وله استبقاء البناء أو الغراس مقابل دفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس . فهناك إذن التزامات متقابلة مترابطة ترابطاً مادياً ، فعلى المشترى أن يرد العين المشفوع فيها إلى الشفيع، وعلى الشفيع أن يرد إلى المشترى في مقابل البناء أو الغراس إحدى القيم السالفة الذكر .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٥١ .

فيجوز إذن للمشترى ، طبقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس العين المتموع فيها حتى يستوفى القيمة المستحقة .

٦٦٦ – حق المشترى في حبس المنقول المسروق أو البضائع : نصت المادة ٩٧٧ من التقنين المدني على أنه " ١ – يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله، إذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة . ٢ – فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذي دفعه " . ويتبين من هذا النص أن من يشترى بحسن نية شيئاً مسروقا أو ضائعا في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله لا يلزم برد الشيء إلى مالكه إلا إذا طلبه المالك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة ورد للمشترى الثمن الذي دفعه . وليس بين المشترى والمالك أية علاقة غير حيازة المشترى للشيء المسروق أو الضائع ، وقد أصبح المشترى دائناً باسترداد الثمن بمناسبة هذا الشيء الذي يجب عليه أن يرده للمالك . ومن ثم وجد ارتباط مادي أو موضوعي ما بين التزام المشترى برد الشيء إلى المالك والتزام المالك برد الثمن إلى المشترى ، فيجوز إذن للمشترى ، طبقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص [1] ، أن يحبس الشيء عن المالك حتى يسترد منه الثمن [2] .

٦٦٧ – حق المنتفع في حبس العين : نصت المادة ٩٨٩ من التقنين المدني على أن " ١ – المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة . ٢ – أما التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع فإنها تكون على المالك ، ويلتزم المنتفع بأن يؤدي للمالك فوائد ما أنفقه في ذلك . فإن كان المنتفع هو الذي قام بالإنفاق ، كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع " . ويتبين من هذا النص أن التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة في العين المنتفع بها تكون على المالك لا على المنتفع ، فإذا قام المنتفع بها كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع . ومن ثم يوجد التزامان

(١) بل إن نص المادة ٩٧٧ يتضمن معنى الحبس ، فقد ورد فيه أن للمشترى أن يطلب من المالك " أن يعجل له الثمن الذي دفعه " . فتعجيل الثمن يفيد أن المشترى يؤخر تسليم الشيء حتى يستوفى الثمن (أنظر الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٠ ص ١٩٤ هامش رقم ١) .

(٢) أنظر في عهد التقنين المدني السابق : بني مزار ٢٢ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١٧ ص ١٢١ .

متقابلان مترابطان ترابطاً مادياً : التزام المنتفع برد العين المنتفع بها إلى المالك عند انتهاء حق الانتفاع ، والتزام المالك برد أصل ما أنفقه المنتفع في التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة . فيجوز إذن للمنتفع ، طبقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس العين المنتفع بها حتى يستوفى حقه من المالك [1] .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على الحق في الحبس

٦٦٨ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٤٧ من التقنين المدني على ما يأتي:

" ١ – مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه " .

" ٢ – وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقا لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته " .

(١) أنظر خلافاً في الرأي في فرنسا في بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٤١ . والقضاء في فرنسا لا يسير في حق الحبس إلى مداه المنطقي . فقد رأيناه ينكر هذا الحق على الحائز سيئ النية (أنظر آنفاً فقرة ٦٥١ في الهامش). وهو ينكر أيضاً هذا الحق على الحائز للعقار المرهون ، إذا نزعت ملكيته ، ضماناً للمصروفات التي أنفقها ، وذلك لكيلا تتعطل دعوى الرهن (نقض فرنسي ١٤ نوفمبر سنة ١٨٨١ داللوز ٨٢ – ١ – ١٦٨ – محكمة بوردو الاستئنافية ١٢ أغسطس سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٦ – ٢ – ٤٠٩ – نرولون ٣ فقرة ٨٣٦ – ديرانتون ٢٠ فقرة ٢٧٢ – أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة – بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٨ ص ٦١٣ هامش رقم ١ – كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٤٨٢ – وأنظر عكس ذلك في أن لحائز العقار المرهون الحق في الحبس : ديمولومب ١ فقرة ٦٨٢ – بيدان ١ فقرة ٢٥٠) . أما في مصر فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٩ من التقنين المدني على ما يأتي : " ويلتزم الراسي عليه المزاد أن يرد إلى الحائز الذي نزعت ملكيته المصروفات التي أنفقها في سند ملكيته وفي تسجيل هذا السند وفيما قام به من الإعلانات ، وذلك إلى جانب التزاماته بالثمن الذي رسا به المزاد وبالمصروفات التي اقتضتها إجراءات التطهير " . ويبدو أن للحائز حبس العين حتى يستوفى هذه الحقوق ، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ودون حاجة إلى نص خاص (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٠٩ ص ٤١٥ – ومع ذلك أنظر : استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٦٢) . كذلك يوجد خلاف في فرنسا في حق الوارث الظاهر في أن يحبس ما في يده من أعيان التركة إذا كان قد دفع بعض ديون المورث ثم انتزع الوارث الحقيقي منه هذه الأعيان ، فللوارث الظاهر أن يرجع على الوارث الحقيقي بما دفعه من ديون التركة ، وله حق الحبس عند الفقهاء الذين يكتفون بقيام الارتباط ما بين الدينين ، وليس له هذا الحق عند الذين يشترطون فوق الارتباط الأصل المشترك (أنظر في هذه المسألة بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٤٣) . أما في مصر فيبدو أن للوارث الظاهر الحق في الحبس ، دون حاجة إلى نص خاص ، لقيام الارتباط المادي ما بين الدينين .

" ٤ — وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه "[1] .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن هذه الأحكام كان معمولا بها في جملتها دون نص ، إلا ما يتعلق بالفقرة الثالثة التي تنص على حالة من أحوال الحلول العيني ، كان من غير المتيسر الأخذ بها دون نص في عهد التقنين المدني السابق .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٤٨ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٨٣ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٥٠ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٧٤ [2] .

والنص الذي نحن بصدده ، وكذلك النص التالي الذي يبين أسباب انقضاء الحق في الحبس ، إنما يعرضان للحالة التي تحبس فيها عين معينة بالذات في دين مرتبط بها ارتباطاً قانونياً أو ارتباطاً مادياً . أما إذا كان الشيء المحبوس ليس عيناً معينة بالذات ، فقواعد الدفع

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٣٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ — ليس لمن حبس شيئا وفقا للمادة السابقة حق امتياز عليه . وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وأن يقدم حساباً عن غلته وفقاً للأحكام التي تسرى في حقه الدائن المرتهن رهن الحيازة . ٢ — إذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً للإجراءات المرسومة لبيع الشيء المرهون حيازة ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه " . وفي لجنة المراجعة لوحظ أن النص كما ورد في المشروع التمهيدي يلزم الحابس بواجب استغلال العين المحبوسة على النحو المقرر في حق الدائن المرتهن حيازة ، وقد رؤى أنه يحسن عدم تقرير هذا الواجب ، ثم عدل النص إلى جانب ذلك تعديلا لفظياً جعله أدق في أداء المعنى ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقم المادة ٢٥٩ في المشروع النهائي ، ووافق مجلس النواب على النص . ثم مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٣ — ص ٦٥٥) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٤٨ : (مطابقة لنص التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٨٣ : (متفقة في الحكم مع نص التقنين المدني المصري ، ولا يوجد إلا بعض خلاف لفظي — وأنظر في شرح المادة الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١١٤) .

التقنين المدني الليبي م ٢٥٠ : (مطابقة لنص التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧٤ : " إن حق الحبس ، مع مراعاة الحالة الخاصة المتقدم ذكرها (استرداد حيازة العين إذا نزعت خفية أو بالعنف) ، لا يمنح صاحبه حق التتبع ولا حق الأفضلية ، وإنما يمكن الاحتجاج به على الجميع ، بمعنى أن الحابس يحق له أن يرفض التخلي عن الشيء أية كانت شخصية المعارض " . (ويتفق التقنين اللبناني مع التقنين المصري في الحكم ، وإن اختلف في اللفظ — أنظر في هذا المعنى الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٥١ — ص ٥٢) .

بعدم تنفيذ العقد هي التي تنطبق ، وقد سبق لنا شرحها في الجزء الأول من هذا الوسيط [1] . ونقتصر هنا على الحالة التي يكون في الشيء المحبوس عيناً معينة بالذات . فالحابس للعين ، بمقتضى حبسه لها ، تتقرر له حقوق وتترتب عليه واجبات ، نتولى الآن بسطها .

المبحث الأول

حقوق الحابس للعين

٦٦٩ — علاقة الحابس بالمالك وعلاقته بالغير : نميز — في بسط حقوق الحابس للعين — بين علاقة الحابس بمالك العين وهو عادة المدين الذي تحبس العين في دينه ، وعلاقة الحابس بالغير

المطلب الأول

علاقة حابس العين بمالكها

٦٧٠ — حبس العين عن مالكها : متى توافرت الشروط اللازمة لنشوء الحق في حبس العين ، أصبح للدائن الحق في حبس هذه العين عن مالكها [2] ، فلا يستطيع هذا أن يطالب الحائز برد العين حتى يقوم بوفاء ما في ذمته من الدين للحائز .

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٩٢ — فقرة ٥٠٣ .

(٢) وذلك دون حاجة إلى حكم أو حتى إلى إعذار كما سبق القول (أنظر آنفاً فقرة ٦٤٤ — استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٣٠) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقد المحرر بين مدين ودائنه (بنك التسليف) ينص على أن المدين تعهد بأن يسدد إلى البنك مطلوبه على أقساط وبأن يقدم له عقاراً بصفة رهن تأميناً للسداد ، وعلى أن البنك تعهد من جانبه برفع الحجزين السابق توقيعهما منه على منقولات المدين وعقاراته متى تبين بعد حصول الرهن وقيده واستخراج الشهادات العقارية عدم وجود أي حق عيني مقدم عليه ، ثم فسرت المحكمة ذلك بأن قبول البنك تقسيط الدين موقوف على قيام المدين بتقديم التأمين العقاري بحيث إذا لم يقدم هذا التأمين بشروطه المنصوص عليها في العقد كان البنك في حل من قبول التقسيط ، وتعرفت نية المدين في عدم تقديم التأمين من خطاب صادر منه ، وبناء على ذلك قضت بعدم ارتباط البنك في التقسيط وبأحقيته في الاستمرار في التنفيذ بديه على المنقولات والعقارات دون أن يكون ملزماً بتكليف المدين رسمياً بالوفاء ، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون في شيء (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧ ص ٣٦) .

وتبقى العين محبوسة في يد الحائز حتى يستوفي هذا كل حقه [1] . فلو كان [illegible] مصروفات ضرورية أو نافعة أنفقها الحائز على العين ، فللحائز أن يحبس العين حتى يستوفي من المالك جميع الحقوق التي قررها له القانون والتي سبق بيانها (م ٩٨٠ مدني) . [illegible] الحق في حبس العين غير قابل للتجزئة (indivisible) [2] ، شأنه في ذلك شأن كل ضمان . فلو أن المالك وفى الحائز جزءاً من الدين ، فإن الحائز يبقى حابساً للعين كلها حتى يستوفي الباقي بأكمله [3] . ولو أن الدين الذي في ذمة المالك انقسم على ورثته بعد موته – وهذا لا يقع في الفقه الإسلامي وإنما يقع في القانون الفرنسي – فإن الحائز يبقى حابساً للعين حتى يستوفي من كل وارث نصيبه في الدين . على أنه يجب على الحائز إلا يتعسف في استعمال حقه في الحبس ، فلو أن الباقي من الدين كان جزءاً قليلا تافهاً ، كان من التعسف [illegible] قدمنا أن يبقى حابسا للعين كلها في هذا الجزء التافه، ووجب عليه أن يرد العين للمالك [illegible] مطالبته بالباقي من الدين [4] .

(١) أو بعرضه المدين عرضاً حقيقياً يقبله الحابس أو يحكم بصحته (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في [illegible] فقرة ١٦٨ ص ٢٥٤) . ولا يكفي أن يودع المدين المبلغ المستحق للدائن في خزانة المحكمة (استئناف [illegible] ١٥ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٠) . على أنه إذا كان حق الدائن غير معلوم المقدار ، جاز للمدين أن يطلب من القاضي الإذن له في إيداع خزانة المحكمة مبلغاً كافياً ، يقدره القاضي ، على ذمة الدائن [illegible] عند تقديره ، ويكون للمدين بعد الإيداع إجبار الحابس على التسليم (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ – ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢ – الأستاذ إسماعيل غانم في [illegible] الالتزام فقرة ١٤٤ ص ٢٠٠ – وأنظر آنفاً فقرة ٦٤٢ في الهامش) .

(٢) بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٤٤ .

(٣) نقض مدني ١٤ يونية سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٨ ص ١٠٢٦ – ولو أن الصانع تسلم الخامات من رب العمل . وصنع بعضها وسلمه إليه قبل أن يتسلم أجره ، فإن له أن يحبس [illegible] يستوفي كل الأجرة ، ويدخل في ذلك الأجر عن الجزء الذي سبق له تسليمه (أوبري ورو ٣ فقرة [illegible] مكررة ص ١٦٢ – ص ١٦٣ – بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٤٤ ص ٢٣٣ – ص ٢٣٤ – بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٣ ص ٦٠٧) .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٦٤٤ – ويجوز لقاضي الأمور المستعجلة إذا كان واضحاً أن الباقي من الدين [illegible] يستحق الحبس من أجله ، أو كان واضحاً أن الدين الذي حبست العين فيه ليس بجدي ، أن [illegible] العين إلى صاحبها (بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٧ ص ٦١١ هامش رقم ٤) . ويجوز أيضاً [illegible] ذلك ، أن يستبقي الحائز جزءاً من العين يتناسب مع الجزء الباقي من الدين محبوسا في يده . [illegible] حال التفريق بين الالتزامات الأساسية التي كانت سبباً حافزاً للتعاقد وهذه هي التي يجوز [illegible] وبين الالتزامات الثانوية وهذه لا محل للحبس فيها ، فإذا تعهد المؤجر بحرث الأرض ولم [illegible] للمستأجر الامتناع عن سداد الإيجار (الفيوم الكلية ٧ أكتوبر سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٣ [illegible] ١١١٨) . وتقضي المحاكم في فرنسا بأن المهندس أو المحامي الذي يحبس مستندات [illegible] الضروري تقدم هذه المستندات للدفاع عن مصالح العميل ، يلزم بتسليم هذه المستندات [illegible]

وما ذكرناه في حق المالك يسري في حق ورثته ، فللحائز حبس العين في مواجهة ورثة المالك ، وهم خلفه العام ، حتى يستوفي كل حقه [1] . وكذلك ينتقل الحق في الحبس من الحائز إلى ورثته ، فلو مات الحائز كان لورثته حبس العين إلى أن يستوفوا حقهم الذي انتقل إليهم من مورثهم .

٦٧١ – لا يعطى الحبس بمجردة حق امتياز للحابس

: على أن حبس العين على النحو المتقدم لا يجعل للحابس حق امتياز عليها ، وتقول الفقرة الأولى من المادة ٢٤٧ أن " مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه [2] " . وهذا هو الجوهري في الحبس ، فهو ليس بحق عيني كما قدمنا . على أنه حتى لو كان حقاً عينياً – كما كان فعلا في التقنين المدني السابق – فإنه بمجردة لا يجعل للحابس حق امتياز [3] . ويترتب على ذلك أن الحابس إذا نفذ على العين المحبوسة بحقه ، فإنما ينفذ عليها كدائن عادي لا كدائن له حق امتياز ، فيزاحمه سائر الدائنين في الثمن ويقاسمونه فيه مقاسمة الغرماء . وهو متى أقدم على بيع العين جبرا في دينه . فقد نزل عن حقه في الحبس ، لأنه لا يستطيع – وهو الذي طلب البيع – أن يمتنع عن تسليم العين لم رسا عليه المزاد ، ولا يبقى أمامه إلا الثمن الذي رسا به المزاد يستوفي منه ، هو وسائر الدائنين كما قدمنا ، الحق الذي له [4] .

ولكن إذا بقي الحائز حابساً للعين ، ولم ينفذ عليها ، فإن حقه في الحبس يبقى قائما، حتى لو باع المالك العين من آخر أو نفذ أحد الدائنين الآخرين بحقه على العين فباعها جبرا لمن رسا عليه المزاد . ففي جميع هذه الأحوال يبقى حق الحائز في حبس العين قائما في

= يستخدمها لمصلحة العميل ، ثم يردها ثانية إلى من تسلمها منه (نقض فرنسي ١٩ يوليو سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٦ – ١ – ٩ – ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٤ – ١ – ٧٥ – بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٧ ص ٦١١ وهامش رقم ٥) .

(١) بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٢٦ .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٤ .

(٣) ولكن يلاحظ أنه من الجائز أن يكون الدين الذي حبست فيه العين له أيضاً حق امتياز بموجب القانون ، كما هي الحال في امتياز المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم (م ١١٤٠ مدني) ، وكما هي الحال في امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم في تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو في إعادة تشييدها أو ترميمها أو في صيانتها (م ١١٤٨ مدني) . ففي مثل هذه الأحوال يتقدم الحابس على سائر الدائنين ، ولكن لا بمقتضى حقه في حبس العين ، بل بمقتضى ما أثبته له القانون من حق الامتياز .

(٤) استئناف مصر ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤ الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٥ .

مواجهة المشترى من المالك أو في مواجهة الراسي عليه المزاد [1] ، على تفصيل سيأتي بيانه عند الكلام في علاقة الحابس بالغير . ولا يبقى إلا توفيه الحابس حقه كاملا إذا لم يكن هو الذي نفذ على العين ، وينتهي الحق في الحبس في هذه الحالة إلى النتيجة الفعلية التي ينتهي إليها حق الامتياز [2] .

٦٧٢ – حبس الثمرات : وإذا كانت العين المحبوسة تنتج غلة أو ثمرات ، فليس للحائز إلا حبسها ، وليس له حق امتياز عليها ، شأنها في ذلك شأن العين نفسها [3] . وسنرى في واجبات الحابس أنه لا يلتزم باستغلال العين إلا إذا كانت بطبيعتها تنتج غلة . فإذا باع الحابس الغلة للتنفيذ عليها ، فقد حقه في حبسها ، كما رأيناه يفقد هذا الحق إذا ما نفذ على العين .

ولكن إذا كانت الغلة معرضة للتلف ، جاز للحائز استئذان القاضي في بيعها ويقوم ثمنها مقامها فيبقى حابساً له حتى يستوفى حقه [4] . ولكن لا يتقدم في هذا الثمن على سائر المدينين، بل يقاسمونه فيه مقاسمة الغرماء إذا أراد التنفيذ عليه بحقه . ويتبين من ذلك أن هناك فرقاً بين أن يبيع الحابس الثمرات استيفاء لحقه وفي هذه الحالة يقاسمه الدائنون مقاسمة الغرماء، وبين أن يبيع الثمرات بإذن من القاضي لأنها معرضة للتلف وفي هذه الحالة يبقى

(١) استئناف مصر ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤ (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) – وقارن : استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٠٨ ص.٦٣٨ . وأنظر : الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٦ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٧ .

(٢) استئناف مصر ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤ (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) – استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ – الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٥ – الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٨ ص ٢٥٥ – الأستاذ عبد الحي حجازي ٣ ص ٢٢٠ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٧ – ص ٢٠٦ .

فالحبس إذن حالة موقتة تنتهي إما إلى إذعان المدين ودفعه الدين كاملا للحابس ، وإما إلى تخلى الحابس عن الحبس للتنفيذ على العين المحبوسة . وقد تنتهي إلى المطالبة بفسخ العقد ، وهذه هي حالة نهائية لا موقتة . وقد يتخلف عن الحبس أثر دائم كما في العقد الزمني أو المستمر (contrat successif) ، فإن شركة النور مثلا إذا وقفت تنفيذ التزامها فقطعت النور عن المستهلك مدة من الزمن كان لهذا أثر دائم لا سبيل إلى الرجوع فيه (بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٧ ص ٦١٢) .

(٣) وتبقى الثمرات والغلة ملكاً لصاحب العين ، ولا يحرم هذا إلا من حق الاستعمال لأنه يتعارض مع الحق في الحبس . وتعتبر العين وغلتها داخلة في الضمان العام لدائني المالك ، فيجوز ، كما قدمنا ، لأي دائن التنفيذ بحقه عليها ، بشرط ألا يخل بالحق في الحبس (بيدان وفواران فقرة ٢٨٢ – الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٢ ص ٥٩٩ – ص ٦٠٠) .

(٤) قياساً على بيع العين نفسها إذا تعرضت للتلف كما سيأتي (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٩) .

حابساً للثمن الذي يقوم مقام الثمرات ، فإذا ما نفذ على الثمن وهو محبوس في يده زاحمه الغرماء [1] .

المطلب الثاني

علاقة حابس العين بالغير

٦٧٣ – الدائنون العاديون : رأينا كما قدمنا أن ورثة المالك يحلون محله ولا يعتبرون من الغير ، فيسري الحبس في حقهم كما كان يسرى في حق المالك مورثهم. أما الدائنون العاديون للمالك فهؤلاء يعتبرون من الغير ، ولكن مع ذلك يسرى الحبس في حقهم أيضاً كما يسرى في حق المالك . فلو أن دائناً عادياً للمالك – أياً كان تاريخ دينه وسواء كان متأخراً عن تاريخ ثبوت الحق في الحبس أو متقدما على هذا التاريخ [2] – أراد أن ينفذ بحقه على العين المحبوسة ، فباع العين جبرا فإن الحائز يستبقي حقه في الحبس في مواجهة هذا الدائن وفي مواجهة المشترى الراسي عليه المزاد – وهو أيضاً يعتبر من الغير – إلى أن يستوفى حقه كاملا [3] . ولو كان الحكم غير ذلك لفقد الحق في الحبس أهميته ، إذ كان أي دائن للمالك يستطيع أن يبيع العين جبرا فيفقد الحابس حقه في الحبس .

هذا هو مبلغ نفاذ الحق في الحبس في مواجهة الدائن العادي . وقد يؤدى ذلك من الناحية العملية ، كما قدمنا ، إلى أن يستوفى الحائز حقه كاملا قبل سائر الدائنين [4] ، ولكن ليس للحائز من الناحية القانونية ، كما سبق القول ، أي امتياز على العين المحبوسة.

(١) ويختلف المرتهن رهن حيازة ، بالنسبة إلى الثمرات ، عن الحابس . فالمرتهن يستثمر العين المرهونة استثمارا كاملا ، وما يحصل عليه من صافي الريع يخصم من الدين المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء وفي الإصلاحات ، ثم من المصروفات والفوائد ، ثم من أصل الدين (م ١١٠٤ مدني) .

(٢) حتى لو شهر إفلاس المالك ومثل السنديك الدائنين ، فإن الحق في الحبس يكون نافذا في مواجهة الدائنين وأمين التفليسة الذي يمثلهم (أنظر المادة ٤٥٩ فقرة ٢ مدني ، وهي تنص على حق البائع في حبس المبيع ، ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشترى في الأجل بسبب شهر إفلاسه أو إعساره . فالبائع هنا يحبس المبيع عن دائني تفليسة المشترى : الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات ص ٦٠١ هامش رقم ٢) .

(٣) استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ – أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٣ – ص ١٦٤ .

(٤) قارن بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٨ ص ٦٠٥ .

٦٧٤ – الخلف الخاص : وهو كل من انتقلت إليه ملكية العين المحبوسة من المالك ، أو انتقل إليه منه حق عيني على العين المحبوسة . وذلك أن الحبس لا يعطل حق المالك في التصرف في ملكه فله أن يبيع العين وهي محبوسة في يد الحائز ، وله أن يرتب عليها حق رهن أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية .

فإذا كانت العين المحبوسة عقاراً ، فإن المشترى من المالك والدائن المرتهن وصاحب حق الانتفاع أو حق الارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية يجب عليهم أن يشهروا حقوقهم . فإن كانوا قد شهروا حقوقهم قبل أن يثبت للحائز الحق في حبس العين ، لم يسر هذا الحق في مواجهتهم ، فإن حقوقهم العينية على العين المحبوسة قد حفظت بالشهر قبل الحبس ، ولا يستطيع الحائز إذن أن يحبس عنهم العين . وإن كان قد شهروا حقوقهم بعد أن ثبت للحائز الحق في حبس العين [1] ، فأن هذه الحقوق العينية لا تنفذ في حق الحابس ، ويستطيع هذا أن يتمسك بحقه في الحبس في مواجهة المشترى أو الدائن أو أي صاحب حق عيني آخر [1] . ولو قلنا بغير ذلك وبأن الحبس لا يسرى في حق هؤلاء في هذه الحالة ، لسهل على المالك أن يتهرب من الحبس ببيعه العين أو بترتيب حق عيني عليها ، فيسقط الحبس في حق من تصرف له المالك .

أما إذا كانت العين المحبوسة منقولا ، فإن الحق في الحبس يسرى في حق من ترتبت لهم حقوق عينية بعد الحبس . ويسرى كذلك في حق من ترتبت لهم حقوق عينية قبل الحبس إذا كان الحابس حسن النية أي لا علم له بهذه الحقوق ، لأن الحبس يتضمن الحيازة والحيازة بحسن نية في المنقول لها هذا الأثر كما هو معروف [2] .

---

(١) ولا يشترط أن يكون السند المنشئ للحق في حبس العقار مسجلا (الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٨ ص ٦٠٨ – عكس ذلك : استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٠٨ ص ٦٣٨ – الإسكندرية الكلية الوطنية ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٧٤ ص ٢٠٤) .

(1) المقرر تنفيذا للحق في الحبس الذي نصت عليه المادة ١/٢٤٦ من القانون المدني من أن لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا ، ومن ثم فإن للحائز ، أن يحتج بالحق في حبس العقار في مواجهة الغير ومن بينهم الخلف الخاص للبائع له ، إلا أن هذا الحق لا يسرى على من يشهر حقه من أصحاب الحقوق العينية قبل أن يثبت للحائز الحق في حبس العين ، لأن الحق في الحبس لا يختلط بالحقوق العينية ولا يشاركها في مقوماتها ، ولا يعطي حائز الشيء الحق في التتبع والتقدم .

(جلسة ١٩٨٥/١٢/٣١ الطعن رقم ٨٨٥ لسنة ٥٢ ق) .

(جلسة ١٩٧٨/٣/٣٠ الطعن رقم ٢٩ ص ٩٣٢) .

(٢) أنظر في هذا المعنى أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٣ – بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٤٩ ص ٢٣٩ – ص ٢٤٠ – بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٨ – الأستاذ عبدالحي حجازي ٣ ص ٢٢١ – [illegible]

بقي أن يكون سبب الحبس هو إنفاق مصروفات على العين . ففي هذه الحالة وحدها يسرى الحق في الحبس على الخلف الخاص دائماً ، سواء كانت العين المحبوسة منقولا أو عقاراً ، وسواء كان حق الخلف الخاص قد شهر بعد ثبوت الحق في الحبس أو قبل ذلك إن كانت العين عقاراً . ذلك أن إنفاق المصروفات على العين قد أفادها في دائما ، فأفاد تبعاً لذلك كل من يطالب باستردادها ولو كان حقه ثابتاً قبل إنفاق هذه المصروفات . ويصدق ذلك على المنقول ، حتى لو كان الحابس سيئ النية [1] .

المبحث الثاني

واجبات الحابس للعين

٦٧٥ – واجبات ثلاثة : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٤٧ تقول : "وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته". فهناك إذن واجبان على الحابس : المحافظة على العين المحبوسة ، وتقديم حساب عن غلتها . يضاف إلى هذين الواجبين واجب ثالث ، هو رد العين المحبوسة إلى صاحبها عند انقضاء الحق في الحبس .

= الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٦ – وقارن جوسران ٢ فقرة ١٤٦٩ – أنسيكلوبيدي داللوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ٧٦ .

وقارن أيضا الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات (فقرة ١٦٦) وهو يرى سريان الحق في الحبس في مواجهة الغير إطلاقا ، ولو كسبوا حقوقا شهروها قبل الحبس . وقارن الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات (فقرة ٤١٨ – فقرة ٤٢٢) ويذهب إلى أن الحق في الحبس يحتج به على الغير إطلاقا ، ولا يستثنى إلا حالة ما إذا كان الحق في الحبس متفرعا من رهن حيازي القيد على عقار وبيع العقار جبرا ، فحينئذ لا يحتج بالحق في الحبس على الراسي عليه المزاد

(١) أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وإسمان ٦ فقرة ٤٥٨ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٦ . وأنظر أيضاً فقرة ٦٤٣ في الهامش

هذا وهناك " غير " لا يسرى عليه الحق في الحبس ، وهو المالك للعين المحبوسة إذا لم يكن هو المدين للحابس. فإذا باع شخص ملك غيره وقبض الثمن ، ثم أبطل المشترى البيع ، فليس له أن يحبس المبيع حتى يسترد الثمن إلا في مواجهة البائع وهو المدين له برد الثمن ، ومن ثم لا يجوز للمشترى أن يحبس المبيع في مواجهة المالك الحقيقي وهو غير مدين له بشيء (مصر الكلية الوطنية ٤ مايو سنة ١٩٣٦ محاماة ١٧ رقم ٣٢٢ ص ٦٧٥ – وأنظر آنفاً فقرة ٦٦٢ في الهامش) . كذلك ليس للمقاول من الباطن أن يحبس العين عن المالك بما له من حق في ذمة المقاول الأصلي ، مادام المالك ليس مدينا لا للمقاول من الباطن ولا للمقاول الأصلي (استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧١) .

٦٧٦ – المحافظة على العين المحبوسة : يلتزم الحابس بالمحافظة على العين المحبوسة وفقا لأحكام رهن الحيازة . وأحكام رهن الحيازة في هذه المسألة مبسوطة في المادة ١١٠٣ ، وهي تنص على أنه " إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه " . فالمرتهن حيازة ملتزم بالمحافظة على العين المرهونة . والتزامه هذا هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية . ومقدار العناية المطلوب منه أن يبذله في المحافظة على العين المرهونة هو عناية الشخص المعتاد ، وهو كما نرى معيار موضوعي لا ذاتي . ثم أنه ملتزم برد العين المرهونة عند انقضاء الرهن ، والتزامه هذا – على النقيض من التزامه بالمحافظة على العين – هو التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية . ومن ثم فهو مسئول ، إذا لم يرد العين المرهونة لهلاك أو لتلف ، عن التعويض ، ما لم يثبت أن الهلاك أو التلف يرجع إلى سبب أجنبي [1] .

والذي يعنينا هنا هو الالتزام بالمحافظة على العين لا الالتزام بالرد . فالحبس ، كما قدمنا ، يلتزم بالمحافظة على العين المحبوسة [1] ، والتزامه هو التزام ببذل عناية ، هي عناية الرجل المعتاد . ومصدر هذا الالتزام هو القانون ، وقد رتب القانون الالتزام على واقعة مادية هي حبس العين .

فإذا قصر الحابس عن بذل هذه العناية ، اعتبر هذا خطأ منه ، وتحققت مسئوليته التقصيرية ، وأصبح ملزماً بالتعويض . ويعتبر مقصراً لو نزل عن عناية الرجل المعتاد ، حتى لو لم ينـزل عن العناية التي يبذلها هو في حفظ ماله . فلو كانت العين المحبوسة سيارة أو داراً ، وكان الحابس معروفاً بالإهمال والتقصير ، وترك السيارة دون صيانة حتى أصيبت بتلف في بعض أجهزتها ، أو ترك الدار دون ترميم حتى تخرب بعض أجزائها ، كان مسئولا عن التعويض ، ولا يدفع عنه المسئولية أن يثبت أنه يفعل ذلك فيما هو مملوك له ويهمل هذه الإهمال في صيانة سيارته أو داره . ذلك أن مقدار العناية المطلوب منه هو ، كما قدمنا ، عناية الرجل المعتاد لا عنايته الشخصية ، والرجل المعتاد لا يأتي مثل هذا الإهمال . فإذا بذل

(١) أنظر في هذا المعنى الأستاذ سليمان بسيوني في التأمينات العينية ص ٤١٠ – ص ٤١١ و ص ٦٠١ ، وفي عقد الإيجار طبعة ثانية فقرة ٢١٤ وفقرة ٢١٩ وفقرة ٢٢٣ – وقارن الأستاذ شفيق شحاته في النظرية العامة للتأمين العيني فقرة ١٥٣ – فقرة ١٥٤ .

(1) استعمال الناقل حقه في حبس الأشياء المنقولة أو بعضها استيفاء لأجرة النقل المستحقة له ، لا يعفيه من واجب المحافظة عليها في فترة احتباسها ، بل عليه أن يبذل في حفظها وصيانتها من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، ويكون مسئولا عن هلاكها وتلفها ، ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه .
(جلسة ١٩٦٦/١٢/١٥ السنة ١٧ ص ١٩٢٦) .

عناية الرجل المعتاد برئت ذمته من المسئولية ، حتى لو تعيبت العين المحبوسة في يده ، وثبت أن الحابس يبذل في المحافظة على ماله عناية أكبر من عناية الرجل المعتاد وأنه لو بذل هذه العناية في المحافظة على العين المحبوسة لما تعيبت ، فليس يطلب منه أكثر من عناية الرجل المعتاد ، ارتفعت هذه العناية أو نزلت عن عنايته الشخصية بحفظ ماله [1] .

وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٧ على إجراء خاص يتخذه الحابس ، وهو متفرع عن التزامه بالمحافظة على العين المحبوسة ، فقضت بأنه " إذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه " [2] . وهذا الإجراء فيه مصلحة مشتركة لكل من الحابس والمالك . فلو أن العين المحبوسة كانت مأكولا أو مشروباً مما يسرع إليه التلف ، فمن مصلحة الحابس محافظة على ضمانه أن يستأذن في بيعها ، وكذلك من مصلحة المالك محافظة على ملكه أن يطلب بيعها . لذلك نرى – قياسا على ما جاء في المادة ١١١٩ المشار إليها في النص – أن لكل من الحابس والمالك أن يطلب بيع العين المحبوسة في هذه الحالة ، بل إن الحائز يجب عليه ، إذا أيقن أن العين تهلك أو تتلف لو احتفظ بها ، أن يبادر إلى اتخاذ إجراءات البيع ، وإلا كان مقصراً في المحافظة على الشيء ، فإن هذا الإجراء هو ما يبادر إليه الرجل المعتاد في المحافظة على ماله . وأكثر ما يتحقق في ذلك المنقول ، فإن العقار قل أن يخشى عليه الهلاك أو التلف . وإجراءات البيع هي المذكورة في المادة ١١١٩ ، في رهن المنقول رهن حيازة إذا خيف على الشيء المرهون الهلاك أو التلف ، وتجرى هذه المادة على الوجه الآتي : " ١ – إذا كان الشيء المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ، ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقوم بدله ، جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق . ٢ – ويفصل القاضي في أمر إيداع الثمن عند الترخيص في البيع ، وينتقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء إلى ثمنه" . والإذن يكون أمرا على عريضة تتبع فيه الإجراءات المقررة في مثل هذه الأوامر . ويكون البيع ، كما تقرر المادة ١١١٩ ، بالمز

(١) وعبء الإثبات يقع على عاتق المالك ، وهو الدائن في هذا الالتزام ، فعليه أن يثبت أن العين قد تعيبت . ف
ما أثبت ذلك ، فقد أقام قرينة قضائية على أن الحابس لم يقم بالتزامه من المحافظة على الشيء . فإذا أ
الحابس أن يدحض هذه القرينة ، فعليه أن يثبت أنه بذل في المحافظة على الشيء عناية الرجل المعتاد ، أو
التعيب يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه . أنظر في عبء إثبات الالتزام ببذل العناية : الوسيط الجزء الأ
فقرة ٤٢٩ .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٤ .

العلني وفقا للإجراءات المقررة في البيوع الجبرية ، فإذا كان للعين سعر معروف في البورصة أو الأسواق التجارية بيع بهذا السعر دون حاجة إلى إجراءات المزاد العلني . ولا يعتبر طلب الحابس بيع العين في هذه الحالة تنفيذا على العين ، وإلا لفقد حقه في الحبس كما قدمنا . وإنما يعتبر هذا الإجراء إجراء ضروريا للمحافظة على العين من الهلاك أو التلف ، فلا يفقد الحابس حقه في الحبس ، ولكن ينقل هذا الحق من الشيء إلى ثمنه كما تقول كل من المادتين ٢٤٧ و ١١١٩ . وهذا معناه أن الثمن يحل حلولا عينيا محل العين المحبوسة ، وهذه حالة من حالات الحلول العيني نص عليها القانون . ويعين القاضي الجهة التي يودع فيها الثمن ، فقد تكون خزانة المحكمة ، وقد تكون جهة الحابس نفسه ، وقد يودع الثمن عند أمين [1] .

٦٧٧ – تقديم الحساب عن الغلة : في رهن الحيازة يلتزم المرتهن باستغلال العين المرهونة استغلالا كاملا ، ثم يخصم الغلة من الدين ، وقد نصت المادة ١١٠٤ من التقنين المدني في هذا الصدد على ما يأتي : " ١ – ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل . ٢ – وعليه أن يستثمره استثمارا كاملا ما لم يتفق على غير ذلك . ٣ – وما حصل عليه الدائن من صافي الريع وما استفادة من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء وفي الإصلاحات ، ثم من المصروفات ، ثم من أصل الدين " .

وقد رأينا أن الحابس ، خلافا للدائن المرتهن رهن حيازة ، ليس له أن يستولي على الثمرات يخصمها من الدين ، بل كل ما له هو أن يحبسها مع العين حتى يستوفي حقه ، وقد يبيعها إذا كان يخشى عليها الهلاك أو التلف ويحبس الثمن كما سبق القول . وكما أن الحابس ليس له أن يتملك الثمرات خصما من الدين ، كذلك ليس عليه ، خلافا للدائن المرتهن رهن حيازة ، التزام باستغلال العين المحبوسة . وقد كان المشروع التمهيدي لنص المادة ٢٤٧ يجري على الوجه الآتي :" ... وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وان يقدم حسابا عن غلته وفقا للأحكام التي تسري في حق الدائن المرتهن حيازة". وفي لجنة المراجعة لوحظ أن النص على هذا النحو يقرر التزاما في ذمة الحابس باستغلال العين استغلالا كاملا على الوجه المقرر في شأن الدائن المرتهن رهن حيازة ، ورؤى أنه يحسن عدم تقرير هذا الالتزام ، فعدل النص على الوجه الآتي : " وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقا

(١) وهناك واجب آخر على الحابس يتفرع من أنه يعتبر هو ، لا المالك ، الحارس للعين المحبوسة ، إذ يترتب على ذلك أنه يكون مسئولا عما تحدثه العين من الضرر للغير مسئولية الحارس عن الأشياء (دريدا في أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ Rétention فقرة ٦١ ص ٧٠٨ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٥ ص ٢٠٢ .

لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حسابا عن غلته " [1] . فلم يرتب النص في شأن الغلة إلا التزاما بتقديم حساب ، ولم يجعله خاضعا لأحكام رهن الحيازة كما جعل التزام المحافظة على الشيء لئلا يكون هناك التزام في ذمة الحابس باستغلال العين المحبوسة .

ولكن الالتزام بتقديم الحساب عن الغلة يقتضي بطبيعة الحال أن يقبض الحابس هذه الغلة ويحبسها ، ثم يقدم حسابا عنها للمالك [2] . فالعين إذا كانت بطبيعتها تنتج غلة ، كأرض تزرع أو دار تسكن أو أوراق مالية تنتج أرباحا ، فعلى الحابس أن يستمر في زراعة الأرض ، وسكنى الدار أو إيجارها ، وقبض أرباح الأوراق المالية ، وما إلى ذلك . وله أن يحبس هذه الغلة حبسه للعين ذاتها ، وعليه أن يقدم حسابا عن الغلة إلى المالك عند انقضاء الحق في الحبس ، فيرد له العين وغلتها . أما إذا كانت العين لا تنتج بطبيعتها غلة ، كسيارة أو ساعة أو أثاث أو نحو ذلك ، فلا يلتزم الحابس باستغلالها ، بل يبقيها عنده دون استغلال مع المحافظة عليها وصيانتها على النحو الذي قدمناه [3] .

٦٧٨ – رد العين المحبوسة : ويلتزم الحابس أخيرا برد العين المحبوسة للمالك عند انقضاء الحق في الحبس . وهذا الالتزام يختلف مصدره باختلاف العلاقة السابقة فيما بين الحابس والمالك . فقد يكون مصدره العقد ، كما في حبس البائع للمبيع حتى يستوفي الثمن ، فإذا ما استوفاه انقضى حقه في الحبس ووجب عليه تسليم المبيع إلى المشتري ، ومصدر الالتزام بالتسليم هو عقد البيع . وقد يكون مصدره غير العقد ، كما إذا حاز شخص أرضا مملوكة للغير وبنى عليها أو غرس ، ثم حبسها حتى يستوفي حقه في التعويض ، فهو بعد استيفائه حقه ملزم برد الأرض إلى صاحبها . ومصدر الالتزام هنا هو الإثراء بلا سبب . وأيا كانت علاقة المالك بالحابس ، فإن المالك يستطيع دائما ، باعتباره مالكا ، أن يرفع على الحابس بعد انقضاء الحق في الحبس دعوى عينية باستحقاق العين .

ونرى من ذلك أن التزام الحابس برد العين بعد انقضاء الحق في الحبس لا يرجع إلى الحبس ذاته ، فالحبس مجرد واقعة مادية لا ترتب التزاما على الحابس برد العين إلى صاحبها . ولكن إذا انقضى الحبس ، فقد زال المانع الذي كان يحول دون الرد ، فيعود الالتزام بالرد في ذمة الحابس وفقا للعلاقة القانونية التي كانت تربطه بالدائن قبل الحبس .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٣ – ص ٦٥٥ – وانظر آنفا في تاريخ نص المادة ٢٤٧ ما قدمناه في فقرة ٦٦٨ في الهامش .

(٢) نقض مدني ٤ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٣ ص ٢٢٤ .

(٣) قارن الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٣ ص ٦٠١ – الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٩ ص ٢٥٦ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٥ ص ٢٠٢ .

ومن هنا نتبين الفرق بين الحبس ورهن الحيازة . ففي رهن الحيازة يلتزم الدائن المرتهن برد العين المرهونة بموجب عقد الرهن ذاته ، ويكون مسئولا عن الهلاك والتلف إلا إذا أثبت السبب الأجنبي ، فالالتزام بالرد التزام بتحقيق غاية مصدره العقد . أما الحابس فيرجع التزامه بالرد إلى العلاقة التي كانت بينه وبين المالك قبل الحبس كما سبق القول ، وهذه العلاقة هي التي تحدد مدى الالتزام بالرد ، ومن يحمل تبعة الهلاك وما إلى ذلك ، ومن ثم لا يكون هناك محل لتطبيق أحكام رهن الحيازة في التزام الحابس بالرد [1] .

الفرع الثالث

انقضاء الحق في الحبس

٦٧٩ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٤٨ من التقنين المدني على ما يأتي:

" ١ – ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزة أو محرزه " .

" ٢ – ومع ذلك يجوز لحابس الشيء إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه [2] " .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، والذي زاده نص التقنين الجديد أنه نظم المواعيد التي يجوز استرداد الحيازة فيها [3] .

(١) قارن الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٣ ص ٦٠٢ – الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٩ ص ٢٥٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٣٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ – ينقضي الحق في الحبس بفقد الحيازة . ٢ – ومع ذلك يجوز لحابس الشيء إذا خرج الشيء من حيازته خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداد الحيازة . إذا هو قام بهذا الطلب في خلال ثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من حيازته " . وفي لجنة المراجعة استبدلت عبارة " بخروج الشيء من يد حائزة أو محرزه " بعبارة " بفقد الحيازة " حتى يكون النص أدق تعبيراً عن المعنى ، ووضع حد زمني ينقضي حق الحبس بانقضائه ولو لم يعلم الحابس بخروج الشيء من يده لوضع حد للمنازعات ، وحدد الأجل بسنة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وصار رقمه ٢٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٩ – ص ٦٦٠) .

(٣) والعبرة في تطبيق هذه المواعيد بالوقت الذي خرج فيه الشيء المحبوس من يد الحابس ، فإذا كان ذلك قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالتقنين السابق هو الذي يطبق ، وإلا طبق التقنين الجديد بمواعيده المستحدثة .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٤٩ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٨٤ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٥١ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٧٣ [1] .

ويعرض النص لأحد أسباب انقضاء الحق في الحبس ، وهو خروج العين من يد الحابس ، لتنظيمه تنظيماً خاصاً . وإذا استعرضنا جميع أسباب الانقضاء ، أمكن تقسيمها إلى قسمين : انقضاء الحق في الحبس بطريق تبعي ، وانقضائه بطريق أصلي .

المبحث الأول

انقضاء الحق في الحبس بطريق تبعي

٦٨٠ – انقضاء الحق في الحبس بانقضاء الحق المضمون به : الحق في الحبس إنما شرع لتأمين حق للحابس في ذمة مالك العين المحبوسة . فإذا انقضى حق الحابس في ذمة المالك ، انقضى الحق في الحبس تبعاً لذلك . وهذا هو الانقضاء بطريق تبعي . مثل ذلك أن يستوفى الحابس المصروفات التي أنفقها على العين المحبوسة ، فلا يعود هناك محل لبقاء العين محبوسة في يده ، ويجب أن يردها للمالك [2] .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٤٩ : (مطابقة لنص التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٨٤ : (مطابقة لنص التقنين المدني المصري . وأنظر في شرح النص الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١١٥) .

التقنين المدني الليبي م ٢٥١ : (مطابقة لنص التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧٣ : " أن حق الحبس يزول بزوال الإحراز لأنه مبني عليه . وإنما يحق للدائن إذا انتزع منه الشيء خفية أو بالعنف أن يطلب إعادة الحال إلى ما كانت عليه بشرط أن يقدم هذا الطلب في خلال ثلاثين يوماً تبتدئ من تاريخ علمه بذلك الانتزاع " . (وهذا النص مطابق في الحكم لنص التقنين المدني المصري فيما عدا ميعاد السنة الذي لم يرد في نص التقنين اللبناني ، ويذهب الدكتور صبحي المحمصاني إلى أن هذا الميعاد وهو أيضاً موافق للمبدأ الوارد في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٤٨ من أنه لا تقبل الدعوى التصرفية إلا في خلال سنة تبتدئ من تاريخ وقوع التعرض حق التصرف : أحكام الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٥٠) .

(٢) وقد رأينا (أنظر فقرة ٦٧٠ في الهامش) أن الحق في الحبس لا ينقضي بإيداع المبلغ المستحق للحابس خزانة المحكمة (استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٠) ، وأنه (أنظر فقرة ٦٤٢ في الهامش) إذا كان المبلغ المستحق للحابس لم يتم تقديره جاز للمحكمة أن تأمر المدين بأن يودع خزانة المحكمة مبلغاً كافياً ، ويقوم الإيداع في هذه الحالة مقام الوفاء من حيث إنهاء الحق في الحبس (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ – ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢) . ومن ثم يجوز تقدير أتعاب –

وينقضي حق الحابس في ذمة المالك بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام . فقد ينقضي بالوفاء ، وهذا هو السبب الغالب المألوف . وينقضي أيضاً بما يقوم مقام الوفاء ، كالتجديد والمقاصة واتحاد الذمة . وينقضي أخيراً من غير وفاء أصلا ، كما إذا أبرأ الحابس المالك أو سقط الحق من جراء استحالة تنفيذه لسبب أجنبي .

فإذا انقضى حق الحابس في ذمة المالك بالوفاء أو بغيره ، لم يزل الحق في الحبس إلا إذا انقضى الحق كله . أما إذا بقي جزء منه ، فإن العين تبقى محبوسة في هذا الباقي [1] . وقد قدمنا أن الحق في الحبس غير قابل للتجزئة [2] .

٦٨١ – عدم الانقضاء بالتقادم : ويلاحظ أن الحق الذي للحابس في ذمة المالك ، مادامت العين محبوسة في هذا الحق ، لا يتقادم ، إذ حبس العين فيه يمنع من تقادمه. والحق في الحبس نفسه لا يزول بالتقادم ، لأن الحبس حالة مادية مستمرة لا يتصور فيها التقادم . ومن ثم لا يمكن انقضاء الحق في الحبس بالتقادم ، لا بتقادمه هو ولا بتقادم الحق المضمون به [3] .

المبحث الثاني

انقضاء الحق في الحبس بطريق أصلي

٦٨٢ – أسباب الانقضاء بطريق أصلي : وقد ينقضي الحق في الحبس وحده – دون الحق المضمون به – بطريق أصلي . ويتحقق ذلك في الأحوال الآتية :

(أولا) تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس (م ٢٤٦ فقرة أولى مدني) .

(ثانياً) هلاك العين المحبوسة .

= الحارس القضائي مؤقتاً وإيداعها خزانة المحكمة . فيقضي بذلك حق الحارس في حبس الأعيان ، وهذا ما لم تكن هذه الأعيان الموضوعة تحت الحراسة ، فلا يكون للحارس القضائي حق حبس بالنسبة إلى الأعيان الموقوفة التي أدرجت خطأ (استئناف مختلط ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ١٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٤٤ وفقرة ٦٧٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦٧٠ . وأنظر في انقضاء الحق في الحبس بطريق تبعي الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ٢٢٧ – فقرة ٢٣٦ .

(٣) ديرانتون ١٨ فقرة ٥٥٣ – جيللوار في حق الحبس فقرة ١٢٢ – بودري وتيسييه فقرة ٥٣٠ – بودري وبارد ... وفي لوان ١ فقرة ٢٥٠ – الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٢٤ – الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٧١

(ثالثاً) عدم قيام الحابس بالتزامه من المحافظة على العين المحبوسة .

(رابعاً) نزول الحابس عن حقه في الحبس ، وأكثر ما يكون ذلك بخروج العين من الحابس طوعاً وهذه هي الحالة التي عرضت لها المادة ٢٤٨ من التقنين المدني .

٦٨٣ – تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس : هـ السبب لانقضاء الحق في الحبس بطريق أصلي منصوص عليه صراحة في آخر الفقرة الأو من المادة ٢٤٦ من التقنين المدني ، فقد جاء في هذا النص أن الحبس يكون جائزاً " مادا الدائن (أي مالك العين) لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا " . وذلك أن الغرض من الحق في الحبس هو تأمين الحابس على حقه في ذمة المالك ، فإذا استطاع المالك أن يقد له تأميناً آخر كافياً – كفالة أو رهنا أو نحو ذلك [1] – لم يعد هناك مقتض للاستمرار في حبس العين . والقاضي هو الذي يبت فيما إذا كان التأمين الذي يقدمه المالك كافياً ، عند الخلاف في ذلك [2] .

وقد وردت تطبيقات تشريعية لهذا السبب من الانقضاء . من ذلك ما نصت علي الفقرة الثانية من المادة ٦٠٥ من التقنين المدني . في صدد حق المستأجر في حبس العين المؤجرة حتى يستوفى التعويض المستحق له عند بيع العين ، من أن المستأجر لا يجبر " على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر ، أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض " . ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٩٨٢ ، في صدد جواز تقسيط ما يترتب في ذمة المالك للحائز بسبب المصروفات ، من أن للقاضي " أن يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة". ومن ذلك أخيراً ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ . في صدد حق

(١) والتقنين المدني الألماني (م ٢٧٣) يستبعد الكفالة ، ويستبعد (م ٣٢٠) في الدفع بعدم تنفيذ العقد تقديم أي تأمين ولو كان تأميناً عينياً . ويذهب الدكتور صلاح الدين الناهي إلى أن سكوت المشرع المصري عن جواز تقديم تأمين في الدفع بعدم تنفيذ العقد وتصريحه بهذا الجواز في الحق في الحبس كان متعمداً ، فلا يجوز في الأول ما يجوز في الثاني . ذلك أن الدفع بعدم تنفيذ العقد يقوم على ارتباط سببي بين الالتزامين ، فكل من الطرفين لم يلتزم إلا للحصول على عين ما التزم به الطرف الآخر ، فلا يجوز إجباره على تنفيذ التزامه إلا إذا تحقق سببه بأن قام المتعاقد الآخر بالتنفيذ فعلا ، على عكس الحال في صور الحبس الأخرى حيث لا توجد علاقة سببية بين الالتزامين (الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٤٥ – سالي في الالتزامات في القانون الألماني فقرة ١٧١ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٢٠٠ هامش رقم ٢ – قارن بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٥ ص ٦٠١ هامش رقم ٣) .

(٢) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٧٢ ص ٢٥٨ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٤ ص ٢٠٠ .

المشترى في حبس الثمن ، من أنه " إذا تعرض أحد للمشترى مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينـزع من يد المشترى ، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا " .

على أن هناك حالة من حالات الحبس صرح المشرع استثناء بعدم جواز انقضاء الحق في الحبس فيها بتقديم تأمين يحل محل الحبس ، وهذه هي حالة حبس البائع للمبيع حتى يستوفى الثمن . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٥٩ من التقنين المدني على أنه "إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ، ولو قدم المشترى رهناً أو كفالة ، هذا ما لم يمنح البائع المشترى أجلا بعد البيع" . ففي هذه الحالة وحدها لا ينقضي الحق في الحبس بتقديم تأمين كاف ، وهذا استثناء من القاعدة العامة التي بسطناها ورد بصريح النص ، ويبرره أن البائع ليس في حاجة إلى تأمين فإن له حق امتياز على المبيع ، وإنما هو في حاجة إلى حبس المبيع بالذات للضغط على المشترى حتى يوفى له بالثمن ، كما سبق القول [1] .

٦٨٤ – هلاك العين المحبوسة : وإذا هلكت العين المحبوسة ، انقضى الحق في الحبس بداهة لانعدام المحل . والهلاك إما أن يكون بخطأ الحابس ، وفي هذه الحالة يكون مسئولا عن التعويض ، وإما أن يكون لسبب أجنبي عن فعل الحابس . وفي هذه الحالة تهلك العين على مالكها حتى لو كان الحابس ملتزماً بموجب عقد أن يسلمها للمالك . وقد طبقت المادة ٤٦٠ من التقنين المدني هذا الحكم ، فنصت على أنه " إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشترى ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع [2] " .

وإذا هلكت العين فاستحق عنها تعويض أو مبلغ تأمين ، ففي رأينا أن التعويض أو مبلغ التأمين يحل محل العين ، ويكون للدائن حبسه محل العين التي هلكت ، قياساً على حالة

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٤٧ .

(٢) وليس للدائن الحابس أن يطلب من المدين أن يستبدل بالشيء الذي هلك غيره ، كما يجوز ذلك للدائن المرتهن رهناً رسمياً أو رهن حيازة (أنظر م ١٠٤٨ و ١١٠٢ مدني) . فالرهن في هذا يختلف عن الحبس. ذلك أن في الرهن قد التزم الراهن بتقديم ضمان تأميناً لدينه ، فإذا هلك الضمان الذي قدمه التزم بتقديم ضمان آخر ، وإلا جاز للدائن مطالبته بوفاء الدين فوراً . أما في الحبس فلم يتعهد مالك الشيء المحبوس بتقديم ضمان ، بل إنه وجد ما له محبوساً عنه دون إرادته وبقوة القانون ، فحسبه أن يتحمل هلاك هذا الشيء ولا محل لإلزامه بتقديم شيء آخر بدلا منه . على أنه لا فائدة من إلزامه بذلك ، فإن جزاء الإخلال بهذا الالتزام لو تقرر لن يكون إلا حلول الدين المضمون بالحبس فوراً ، وهذا الدين حال بحكم قواعد الحبس كما سبق القول (الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٢٥) .

بيع العين إذا خيف عليها الهلاك أو التلف وحبس الثمن . وتكون هذه حالة من حالات الحلول العيني لم يرد فيها نص صريح ، وقد رأينا حالة مماثلة في بيع الثمرات التي يخشى عليها التلف وحبس ثمنها [1] . ومن الفقهاء من يذهب إلى أن الحلول العيني لا يكون إلا بنص ، ومن ثم لا يجوز للدائن أن يحبس التعويض أو مبلغ التأمين بدلا من العين التي هلكت [2] .

أما بيع العين المحبوسة فيختلف في الحكم عن هلاكها . ذلك أن البيع إن اقتضته الضرورة لأن العين يخشى عليها الهلاك أو التلف ، فقد قدمنا أن الحق في الحبس لا ينقضي ، بل ينتقل من العين إلى الثمن . وإن أوقع البيع أحد الدائنين غير الدائن الحابس تنفيذا على العين ، فإن رسوم المزاد لا يقضى الحق في الحبس كما أسلفنا القول [3] . أما إذا أوقع البيع

(١) أنظر في هذا المعنى بنكاز تكملة بوردي ٣ فقرة ٣٦٩ ص ٧٥٦ – الدكتور منصور مصطفى منصور في رسالته في الحلول العيني فقرة ١٤٤ – فقرة ١٤٥ ص ١٨٠ – ص ١٨٤ – الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٧٢ ص ٢٥٩ – الأستاذ صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء ص ١٩٠ هامش رقم ٣ – الأستاذ حسن على الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١١٥ – الأستاذ أنور سلطان في البيع فقرة ٢٠٢ . وقارن الموجز للمؤلف فقرة ٢٦٨ ص ٣٩٨ .

(٢) كما جاز له حبس الثمن في حالة بيع العين المحبوسة إذا خيف عليها الهلاك أو التلف بموجب المادة ٢٤٧ فقرة ثالثة مدني ، وكما جاز انتقال الرهن من الشيء المرهون إذا هلك أو تلف إلى التعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع الملكية بموجب المادتين ١٠٤٩ و ١١٠٢ مدني . أنظر في هذا المعنى بيكر وبيسون في التأمينات العينية ٢ فقرة ١٨٧ ص ٤٣١ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٢٨٧ – دريدا في أنسيكلوبيدي داللوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ٩٠ ص ٧١٠ – الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٥ – الأستاذ إسماعيل غانم في رسالته في نظرية الذمة فقرة ٥٠٥ ص ١٥٠ – ص ١٥٤ وفي دروسه في الحقوق العينية الأصلية ص ٥٢ – ص ٥٤ .

وفي رأينا أن الحلول العيني مبدأ عام ، وليست النصوص التشريعية إلا مجرد تطبيقات له . فلا حاجة إلى نص خاص لكل حالة من حالاته . ويقوم المبدأ على فكرة التخصيص (affectation spéciale)، فالعين المحبوسة قد خصصها القانون لضمان دين ، فما يحل محلها من مقابل يتخصص هو أيضاً لهذا الضمان . وقد طبقت هذه الفكرة فعلا في حالة بيع العين المحبوسة إذا خشي عليها الهلاك أو التلف ، وفي حالة هلاك الرهن أو تلفه ، وذلك بموجب نصوص تشريعية . وطبقناها ، دون نص ، في حالة بيع ثمرات العين المحبوسة إذا خشي عليها الهلاك أو التلف . ونطبقها الآن ، دون نص أيضاً ، في حالة هلاك العين المحبوسة أو تلفها وحلول التعويض أو مبلغ التأمين محلها . أما القول بأن الحق في الحبس يقوم على حيازة العين المحبوسة ذاتها ، فإنه لا يحول دون تطبيق هذا المبدأ ، وليس هناك ما يمنع من أن الحيازة تقع على ما يحل محل العين المحبوسة . فيعتبر هذا بمثابة وقوع الحيازة على العين ذاتها . وإذا كان المشرع قد رأى حاجة إلى الحلول العيني بمجرد أن يخشى على العين المحبوسة من الهلاك أو التلف ، فأجاز أن يحل الثمن محل العين في حق الحبس ، فأولى أن تكون الحاجة قائمة إلى الحلول العيني إذا هلكت العين فعلا أو تلفت وحل محلها التعويض أو مبلغ التأمين .

(٣) ولكن إذا كان الحق في الحبس متفرعاً عن رهن حيازة عقاري ، وكان الرهن مقيداً ، ثم بيع العقار المحبوس بيعاً جبرياً ، فإن الحق في الحبس ينقضي في هذه الحالة تبعاً لتطهير العقار بالبيع الجبري ، وينتقل حق الرهن بمرتبته إلى ثمن العقار المنـزوعة ملكيته (الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٧) .

الدائن الحابس نفسه تنفيذاً على العين ، فإن هذا يعتبر نزولا منه عن حقه في الحبس ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٦٨٥ – اخلال الحابس بالتزامه من المحافظة على العين : قدمنا أن الحابس يلتزم بالمحافظة على العين ، وعليه أن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد . فإذا أخل بهذا الالتزام إخلالا خطيرا ، جاز للمالك أن يطلب من القضاء إسقاط حقه في الحبس لتعسفه في استعمال هذا الحق . وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة [1] .

٦٨٦ – نزول الحابس عن حقه في الحبس – خروج العين طوعاً من يده : وقد ينـزل الحابس عن حقه في الحبس قبل أن يستوفي ما له في ذمة المالك ، فيزول هذا الحق بطريق أصلي [1] . وأكثر ما يتحقق ذلك بأن يتخلى الحابس عن حيازة العين المحبوسة طوعاً [2] . فإذا خرجت الحيازة من يده على هذا الوجه زال حقه في الحبس [2] .

(١) بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٥٠ مكررة – الأستاذ سليمان مـرقس في التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٧ .

(1) إذا كانت الطاعنة لم تتمسك أمام محكمة الموضوع بحقها في حبس التأمين – المدفوع لها من العامل بمقتضى عقد العمل – تبعاً لرهن حيازي المقرر لها عليه حتى تبرأ ذمة المطعون ضده العامل من المسحوبات ، فإن هذا الدفع يكون سبباً جديداً ، لا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض لما يخالطه من واقع كان يجب عرضه على محكمة الموضوع .
(جلسة ١٩٧٣/٣/٣ الطعن رقم ٤٦٩ لسنة ٣٧ ق س ٢٤ ص ٣٧٢)
(جلسة ١٩٦٩/١/٢٣ الطعن رقم ٥٨٠ لسنة ٣٤ ق س ٢٠ ص ١٥٥) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه ليس للبائع الذي خرجت من تحت يده العين المبيعة برضائه وتسلمها المشتري فعلا أن يطلب بعد ذلك استردادها وحبسها تحت يده ، لأن البائع يعتبر قد نزل باختياره عن حق حبس العين بتسليمها للمشتري قبل أن يقوم بدفع الثمن (٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٧١ ص ٤٥٧ – انظر أيضا : مصر الكلية الوطنية ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٠ ص ٤٧٠) .
على أن انقضاء الحبس بخروج العين المحبوسة طوعاً من يد الحابس إنما يرجع إلى أن الحق في الحبس يقوم على أساس حيازة الشيء المحبوس ، فيقضي بانقضاء الحيازة طوعاً ولو لم تنصرف إرادة الحابس إلى النزول عن الحق في الحبس . ومن ثم ينقضي الحق في الحبس ولو كان الدائن عند التخلي قد أعلن صراحة أنه يريد نقل حقه في الحبس من الشيء إلى ثمنه (دريدا في أنسيكلوبيدي داللوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ٨٥ ص ٧١٠ – الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقـرة ١٣٥ ص ١٨٥) .

(2) التخلي عن الحيازة المسقط لحق الحبس واقعة مادية لمحكمة الموضوع أن تستخلصها من ظروف الدعوى وملابساتها من المستندات المقدمة ، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد استخلص تخلي الطاعن باختياره عن حيازة العين التي يطلب تمكينه من وضع يده عليها من توقفه عن أعمال البناء قبل رفع المطعون عليها دعوى إثبات حالة البناء وإصراره على عدم إتمام البناء مما اضطر المطعون عليها إلى الاتفاق مع مقاول آخر لإتمام ما لم يقم الطاعن بتنفيذه ، ومن أن مذكرة الطاعن بقسم الشرطة لم تتضمن ما يفيد عليها ... من أنه طرد من البناء في تاريخ تحريرها أو أن تابعا للمطعون عليها قد اعترف بأنها أمرته بمنع الطاعن من –

ولا يستطيع أن يسترد حيازة العين بعد ذلك [1] . ويتحقق ذلك في صورة عملية بأن ينفذ الحابس على العين المحبوسة بحقه ، فيتخذ إجراءات البيع الجبري ، ويجب عليه في هذه الحال عند رسو المزاد على مشترى أن يسلمه العين ، لأن في التنفيذ عليها من جانبه نزولا ضمني منه عن حقه في الحبس [2] [1] ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

وإذا كان خروج الشيء من يد الحابس طوعاً يستخلص منه نزول ضمني عن حقه في الحبس ، فإن خروج الشيء من يده خفية أو عنوة أو بالرغم من معارضته لا يمكن أن يفهم منه أنه نزل عن هذا الحق . فإذا اختلس المالك أو أجنبي العين من يد الحابس خفية، أو اغتصبها منه رغماً عنه ، أو أخذها بالرغم من معارضته ، فإن حقه في الحبس لا يـزول بذلك [3] . بل له أن يسترد حيازة العين ، بشرط أن يطلب ردها في أقصر الأجلين ، إما قبل انقضاء ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج العين من يده [4] ، وإما قبل انقضاء سنة من وقت خروج العين من يده [1] .

= دخول العقار ، وخلصت المحكمة من استعراض هذه الوقائع ومن مراجعة الخطابات والإنذارات المتبادلة بين الطرفين إلى أن تخلى الطاعن عن حيازته كان محض اختياره، وكانت هذه القرائن التي استند إليها الحكم في هذا الشأن لمن تؤدى إلى النتيجة التي انتهى إليها ، فإن النعي عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس .
(جلسة ١٩٥٣/٤/٩ الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٢١ ق) .

(١) ويعتبر مجرد خروج الشيء من يد حائزة أو محرزه قرينة على حصوله برضاه ، إلى أن يثبت الحائز أو المحرز عكس ذلك (الأستاذ سليمان مـرقس في التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٥ – ص ٦١٦) . وقضت محكمة النقض بأن التخلي الاختياري المسقط لحق الحبس واقعة مادية لمحكمة الموضوع أن تستخلصها من ظروف الدعوى وملابساتها ومن المستندات المقدمة إليها . فإذا كانت القرائن التي أستند إليها الحكم من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها ، فإن النعي عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدني ٩ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٤ ص ٨٦٥) .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ – الأستاذ سليمان مـرقس في التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٦ .

(1) حق الحبس مما يجوز التنازل عنه صراحة أو ضمناً ، ومتى تم هذا التنازل فإنه لا يجوز العدول عنه بعد ذلك .
(جلسة ١٩٦٨/٥/١٦ الطعن رقم ٤٠٨ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ٩٦٢) .

(٣) وقد قضي بأن نزع المال المحبوس من يد الحابس بناء على حكم قضائي لا يترتب عليه انقضاء الحبس ، لاعتباره حاصلا دون رضاء الحابس ، ما لم يكن الحكم غير نافذ في حق الحابس ، إذ يعتبر تسليم الحابس المال المحبوس في هذه الحالة دون التمسك بحق الحبس أو الاعتراض على الحكم بمثابة تسليم اختياري ، ويترتب عليه انقضاء حق الحبس (استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ – الأستاذ سليمان مـرقس في التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٦ هامش رقم ٢) .

(٤) وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ مدني ، كما رأينا ، وقد قست هذه الحالة على حالة المؤجر عندما يسترد المنقولات التي نقلت دون رضائه من العين المؤجرة ، فإنه لا يستطيع استردادها =

واسترداد الحيازة على هذا النحو جائز ، حتى لو أن من اختلس الحيازة أو اغتصبها نقلها بعد ذلك إلى حائز سيئ النية ، إذ أن الحيازة ولو بحسن نية لا تجب سرقة الضمان (vol de gage) [2] . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " ليس الحبس ، على وجه الإجمال ، إلا حيازة الشيء حيازة فعلية ، ولذلك كان طبيعياً أن ينقضي بفقد هذه الحيازة . ولكن ينبغي أن يكون هذا الفقد إرادياً . فإذا خرج الشيء من يد محتبسه خفية أو انتزع منه رغم معارضته ، ظل حقه في الحبس قائماً، وكان له أن يسترده ولو من يد حائز حسن النية ، باعتبار أن الأمر ينطوي على سرقة ضمان . على أن حق الاسترداد هذا ، وإن كان جزاء يكفل حماية الحق في الحبس ، إلا أن من واجب المحتبس أن يستعمله في خلال ثلاثين يوماً من وقت علمه بخروج الشيء من يده (قارن حق المستأجر في استرداد المنقولات التي تخرج من حيازته في خلال ثلاثين يوماً) [3] " .

= إلا في خلال ثلاثين يوماً من وقت نقلها . وقد نصت المادة ٦٠٢ من تقنين المرافعات ، في هذا الصدد، على أن لمؤجر العقار أن يوقع في مواجهة المستأجر أو المستأجر من الباطن الحجز التحفظي على المنقولات والثمرات والمحصولات الموجودة بالعين المؤجرة ، وذلك ضماناً لحق الامتياز المقرر في القانون المدني . ويجوز له ذلك أيضاً إذا كانت تلك المنقولات والثمرات والمحصولات قد نقلت بدون رضائه من العين المؤجرة ، ما لم يكن قد مضى على نقلها ثلاثون يوماً " . غير أنه يلاحظ أن مدة الثلاثين يوما لا تسرى ، في حالة الحبس، إلا من يوم علم الحابس بخروج الشيء من يده ، أما في حالة المؤجر فتسرى المدة من وقت خروج المنقولات من العين المؤجرة .

(١) وهنا أيضاً يختلف ميعاد السنة عن هذا الميعاد نفسه في دعوى استرداد الحيازة (action en réintegrande) ، ففي هذه الدعوى يبدأ سريان السنة من وقت أن يعلم الحائز بفقده للحيازة (م ٩٥٨ مدني) . كذلك يختلف استرداد الحابس للحيازة عن استرداد المؤجر للمنقولات التي خرجت من العين المؤجرة دون رضاه . فاسترداد المؤجر لهذه المنقولات يعتبر من قبيل استعمال حق التتبع المتفرع عن حق الامتياز العيني ، ولا يتقيد المؤجر بالميعاد القانوني إذا لم يترتب على المنقولات حق للغير. أما استرداد الحابس للحيازة فالغرض منه ليس إمكان الاحتجاج بحق الحبس على الغير ، بل مجرد الحيلولة دون انقضاء هذا الحق ذاته ، ويجب أن يتقيد الحابس بالميعاد القانوني ولو لم يترتب على العين حق للغير (الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٧ ص ٦٠٥ — ص ٦٠٧ — قارن بيدان وفوران فقرة ٢٨٢) .

(٢) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٧٢ ص ٢٥٨ — قارن بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٥١ ص ٢٤٣ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٦ — وقد سبق أن قررنا (أنظر آنفاً فقرة ٦٧٩ في الهامش [illegible] المادة ٢٤٨ مدني) أن مدة السنة إنما أضيفت إلى المشروع التمهيدي في لجنة المراجعة . [illegible]

ويجب أن يسترد الحابس الحيازة القديمة التي فقدها حتى يعود إليه الحق في الحبس ، أما إذا رجعت له حيازة العين بسبب جديد ، فإن حقه الأول في الحبس يكون قد زال ، وتولد له حق جديد بالسبب الجديد ليس هو الحق الأول [1] .

ويلاحظ أنه إذا خرجت الحيازة من يد الحابس ولو خفية أو عنوة ، فإن الحق في الحبس يزول مؤقتاً مادام الحائز لم يسترد فعلا الحيازة على النحو الذي أوضحناه . فإذا استرد الحيازة في الميعاد ، عاد إليه الحق في الحبس . وإن انقضى الميعاد دون أن يستردها، زال نهائياً حقه في الحبس . ومن ذلك ترى الفرق واضحاً بين الحق في الحبس والحق العيني ، فالحق العيني ينطوي دائماً على حق تتبع ، ولا يزول بانتقال العين إلى الغير .

(١) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٤ — بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٥٠ مكررة ١ — فلو أن شخصاً اشترى سيارة بثمن حال وتسلمها قبل أن يسدد الثمن ، فإن بائع السيارة يكون قد نزل بذلك عن حقه في حبس السيارة . فإذا أعاد المشترى السيارة إلى البائع لإصلاحها في "ورشته" ودفع له مصروفات الإصلاح ، لم يجز للبائع حبس السيارة في الثمن الذي لم يدفع ، لأن حيازة السيارة إنما عادت إلى البائع بسبب جديد ، هو إصلاح السيارة . ولو عادت السيارة إلى حيازة البائع لا بسبب جديد بل بالسبب الأول — بأن كان البائع مثلا سلم السيارة إلى المشترى مؤقتاً لتجربتها على أن يرجعها إلى البائع بعد التجربة فأرجعها المشترى — فإن البائع يعود له بعودة السيارة الحق في حبسها حتى يستوفى الثمن (بيدان وفوران فقرة ٢٨٣ — الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٥ هامش رقم ٢ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٥ ص ١٨٦) . ولو أن شخصاً عهد إلى صاحب " جراج " بإصلاح سيارة، واستعادها مؤقتاً قبل أن يدفع أجرة الإصلاح ثم أرجعها إلى صاحب " الجراج " لاستكمال إصلاحها ، لعاد الحق في الحبس إلى صاحب " الجراج " حتى يستوفى أجره ، لأن السيارة عادت إلى حيازته بنفس السبب القديم (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٥ ص ١٨٦) .

الفصل الخامس

الإعســـار *
(La déconfiture)

تمهيـــد

الإعسار المدني والإفلاس التجاري
الإعسار في التقنين المدني السابق وفي التقنين المدني الجديد

٦٨٧ — مقومات الإفلاس التجاري : عندما يتوقف التاجر عن دفع دين مستحق عليه ، يجوز شهر إفلاسه . وشهر الإفلاس أعنف طريق ينفذ به الدائن على أموال مدينه، ولذلك اختص به التجار ، لما للائتمان في المعاملات التجارية من أهمية خاصة ، ولأن التاجر دائنوه في العادة كثيرون ومتفرقون ، فمن المصلحة أن يتحدوا في جماعة (union) وأن يجروا تصفية أموال مدينهم التاجر تصفية جماعية تحقق المساواة الفعلية ما بين الدائنين .

ومن ثم كان تنظيم الإفلاس التجاري يقوم على أسس ثلاثة :

(الأساس الأول) إلا ينفرد أحد الدائنين دون الباقي بالاستئثار بمال المدين ، إلا إذ كان له على هذا المال حق خاص — رهن أو امتياز أو حبس أو نحو ذلك — يميزه فيه عن سائر الدائنين . فيتحقق إذن تحققاً فعلياً في الإفلاس أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته . لا فرق في ذلك بين دائن ودائن .

* مراجع : ألين (Allain) في الإعسار — جارو (Garraud) في الإعسار — فالت (Valette) في الآثار الرئيسية للإعسار — بيدان (Budin) في الإفلاس المدني — ترونسون (Tronçon) مد نظام الإفلاس إلى غير التجار — ديبان (Dupin) مسألة الإفلاس المدني رسالة من جرينوبل سنة ١٩٠٠ — توسان (Toussaint) في مسألة الإفلاس المدني رسالة من أكس سنة ١٩٢٤ — محسن شفيق في النظم المختلفة في الإفلاس المدني رسالة بالفرنسية من باريس سنة ١٩٣٧ — ليمانيسييه (Lemanissier) رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ — مارسيل ديبون (Marcel Dupont) في أنسيكلوبيدي دالوز لفظ (Déconfiture) .

محسن شفيق في القانون التجاري المصري الجزء الثاني في الإفلاس سنة ١٩٥١ — عبد الحي حجازي ٣ ص ٢٢٢ — ص ٢٣٠ — إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٩ — فقرة ١٥٣ — حسين على الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٩٨ — فقرة ١١٠ .

(الأساس الثاني) أن تغل يد المدين عن التصرف في أمواله . فمنذ أن يشهر إفلاس التاجر لا يملك أن يتصرف في ماله . ويبقى كذلك إلى أن تنتهي التفليسة بالتصفية أو بالصلح . بل إن التاجر المفلس تقيد تصرفاته حتى قبل شهر الإفلاس ، ففي فترة الريبة (période suspecte) — من اليوم الذي تحدد المحكمة ميعاداً لتوقفه عن الدفع وعشرة أيام قبله — تكون بعض تصرفاته باطلة وبعضها قابلا للإبطال ، على الوجه المعروف في القانون التجاري .

(الأساس الثالث) أن تصفى أمواله تصفية جماعية . والتصفية الجماعية هي المميز الجوهري للإفلاس التجاري . ومعناها أولا أن ترفع يد المدين عن أمواله (desaisissement) ، فتنتقل حيازة هذه الأموال وحراستها إلى سنديك (syndic) يمثل كلا من الدائنين والمدين (أمين التفليسة) . ومعناها ثانياً ألا يباشر أي دائن إجراء فردياً للتنفيذ (poursuite individuelle) على أموال المدين ، بل تكون الإجراءات التي تتخذ للتصفية والتنفيذ إجراءات جماعية (poursuite collective) يتخذها أمين التفليسة باسم جميع الدائنين ، الذين يندمجون في اتحاد (masse, union) تخلع عليه الشخصية المعنوية . ومن ثم تتحقق المساواة الفعلية التامة بين جميع الدائنين ، فتصفى أموال مدينهم وتباع لحسابهم جميعاً . ثم يتقاسمون الثمن فيما بينهم قسمة الغرماء ، كل يأخذ نصيباً بقدر ما له من دين ، هذا ما لم تنته التفليسة بالصلح (concordat) بين الدائنين ومدينهم ، طبقاً للقواعد ووفقاً للإجراءات المرسومة في القانون التجاري .

٦٨٨ — مقارنة بين الإفلاس التجاري والوسائل المدنية التي تقدم ذكرها : الآن وقد ذكرنا مقومات الإفلاس التجاري ، نقارن بينه وبين الوسائل المدنية التي تكفل حقوق الدائنين ، ومن وسائل تمهد للتنفيذ على أموال المدين ووسائل ضمان . وهذه الوسائل المدنية هي التي ذكرناها من قبل : الدعوى غير المباشرة ، والدعوى البولصية، والدعوى الصورية ، والحق في الحبس [1] .

لا تشترك هذه الوسائل الأربع مع الإفلاس التجاري في مقوماته الثلاثة ، إلا في واحد منها فقط هو الأول : عدم انفراد أحد الدائنين دون الباقي بالاستئثار بمال المدين . أما المقومان الآخران — غل يد المدين عن التصرف والتصفية الجماعية — فيتميز بهما الإفلاس التجاري عن هذه الوسائل الأربع ، ولا تشترك فيها معه .

(١) والغالب أن هذه الوسائل الأربع ، كالإفلاس التجاري ، يواجه بها الدائنون مديناً معسراً ، فيحاولون بقدر الإمكان أن يستخلصوا منه أكبر قسط من حقوقهم عنده .

فالدعوى غير المباشرة يوجه الدائن فيها همه إلى مال للمدين يستخلصه من الضياع من جراء سوء نية هذا المدين أو إهماله ، تمهيداً للتنفيذ على هذا المال . والدائن لا ينفرد دون باقي الدائنين بالاستئثار بالمال ، بل يشاركه فيه سائر الدائنين مشاركة الغرماء كما قلمنا . وفي هذا تتفق الدعوى غير المباشرة مع الإفلاس التجاري . وتختلف عنه أولا في أن المدين ، على النقيض من التاجر المفلس ، لا تغل يده عن التصرف في هذا المال ، بل يستطيع أن يتصرف فيه حتى في أثناء قيام الدعوى غير المباشرة ، وليس للدائن من سبيل إلا الطعن في هذا التصرف بالدعوى البولصية ، وقد تقدم بيان ذلك . وتختلف عنه ثانياً في أن التنفيذ على المال الذي استخلصه الدائن عن طريق الدعوى غير المباشرة يكون بإجراءات فردية ، فالدائن الذي رفع الدعوى غير المباشرة لابد في التنفيذ من أن يتخذ إجراءات فردية للحجز ، ولكل دائن آخر أن يتخذ مثل هذه الإجراءات أو أن يشترك في الإجراءات التي سبق اتخاذها . فيجب على كل حال أن يتخذ الدائن الذي يريد التنفيذ على المال إجراءات فردية باسمه خاصة ، بل إن الدائن الذي يسبق الآخرين في التنفيذ يستوفي حقه من هذا المال قبلهم ماداموا لم يدركوا التوزيع النهائي . وهذا بخلاف الإفلاس التجاري ، فالتصفية فيه كما قدمنا تصفية جماعية يتولاها أمين التفليسة باسم جميع الدائنين ، ولا يستطيع أحد منهم أن يتخذ إجراءات فردية يسبق بها الآخرين.

والدعوى البولصية يوجه الدائن فيها همه إلى مال للمدين سبق لهذا أن تصرف فيه إضراراً بحقوق الدائنين ، وذلك حتى يجعل هذا التصرف غير سار في حق الدائنين ، تمهيداً للتنفيذ على المال الذي سبق التصرف فيه . والدائن في التقنين المدني الجديد ، لا ينفرد دون باقي الدائنين بالاستئثار بهذا المال ، بل يشاركه في سائر الدائنين مشاركة الغرماء . وفي هذا تتفق الدعوى البولصية مع الإفلاس التجاري [1] . وتختلف عنه أولا في أن المدين لم تغل يده عن التصرف في المال منذ البداية ، بل هو قد تصرف فيه فعلا وكان لا بد من الطعن في هذا التصرف بالدعوى البولصية بعد توافر شروط معينة ، أما التاجر المفلس فتغل يده عن التصرف في ماله منذ شهر إفلاسه ولا حاجة لتوافر أي شرط آخر غير شهر الإفلاس . وتختلف عنه ثانياً في أن التنفيذ على المال الذي تصرف فيه المدين في الدعوى البولصية يكون التنفيذ عليه من جهة الدائنين بإجراءات فردية على النحو الذي تقدم في الدعوى غير المباشرة، لا بإجراءات جماعية كما يقوم بها ممثل لاتحاد الدائنين كما هو الأمر في الإفلاس التجاري.

(١) وقد كانت هذه الدعوى ، حتى في هذه الخصيصة الأولى، لا تتفق مع الإفلاس في عهد التقنين المدني [illegible] إذ كان الدائن بمقتضى أحكام هذا التقنين يستأثر بالتميز على هذا المال دون غيره من الدائنين [illegible]

ودعوى الصورية يوجه الدائن فيها همه إلى مال للمدين يستبقيه ، بعد أن تصرف فيه المدين تصرفاً صورياً ، فيكشف الدائن عن صورية التصرف تمهيداً للتميد على هذا المال . والدائن لا ينفرد دون باقي الدائنين بالاستئثار بهذا المال ، بل يشاركه فيه سائر الدائنين مشاركة الغرماء . وفي هذا تتفق دعوى الصورية مع الإفلاس التجاري . وتختلف عنه أولا في أن المدين لا تغل يده عن التصرف في المال تصرفاً جدياً ، بعد أن تصرف فيه تصرفاً صورياً ، فيجوز له بعد أن كشفت دعوى الصورية عن صورية تصرفه الأول ، بل وقبل أن تكشف وحتى قبل رفع الدعوى ، أن يتصرف في المال مرة أخرى تصرفاً جدياً قبل أن يتمكن الدائنون من التنفيذ عليه ، ولا سبيل للدائنين في هذه الحالة إلا الطعن في هذا التصرف الجدي بالدعوى البولصية . وتختلف عنه ثانياً في أن التنفيذ على المال الذي كشف الدائن عن صورية التصرف فيه يكون بإجراءات فردية على النحو الذي تقدم في الدعوى غير المباشرة وفي الدعوى البولصية ، لا بإجراءات جماعية يقوم بها السنديك ممثلا لاتحاد الدائنين كما هو الأمر فلا الإفلاس التجاري .

والحق في الحبس يوجه الدائن فيه همه إلى مال للمدين محبوس تحت يده ، فيستبقيه محبوساً حتى يستوفى حقه . والدائن لا ينفرد دون باقي الدائنين بالاستئثار بهذا المال ، فهو إذا نفذ عليه وبيع في المزاد العلني شاركه في ثمنه سائر الدائنين مشاركة الغرماء ، وقد تقدم بيان ذلك . وفي هذا يتفق الحق في الحبس مع الإفلاس التجاري . ويختلف عنه أولا في أن المدين، على النقيض من التاجر المفلس ، لا تغل يده عن التصرف في المال المحبوس، بل يستطيع أن يتصرف فيه وينفذ تصرفه في حق الدائنين ، بل وفي حق الدائن الحابس نفسه إذا سبق التصرف الحبس على النحو الذي بسطناه فيما تقدم . ويختلف عنه ثانياً في أن التنفيذ على المال المحبوس يكون بإجراءات فردية كما في الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية ، لا بإجراءات جماعية ، كما في الإفلاس التجاري .

٦٨٩ – الإفلاس التجاري والإعسار المدني : وإذا كانت الوسائل المدنية الأربع التي تقدم ذكرها تقصر عن الإفلاس التجاري في مقومين من مقوماته الثلاثة، ولا تشترك معه إلا في المقوم الأول كما رأينا ، فإن الإعسار المدني (déconfiture) كما نظمه التقنين المدني الجديد يتقدم خطوة على هذه الوسائل الأربع ، ويشترك مع الإفلاس التجاري (faillite) في مقومين من مقوماته الثلاثة ، ويقصر عنه في المقوم الثالث وحده .

يتفق الإعسار المدني مع الإفلاس التجاري في أن أحد الدائنين لا ينفرد دون الباقي في الاستئثار بمال المدين . ويتفق معه أيضاً — وفي هذا يتميز الإعسار المدني عن الوسائل المدنية

الأربعة التي سبق ذكرها — في أن يد المدين تغل عن التصرف في أمواله منذ شهر الإعسار ، كما تغل يد المدين التاجر عن التصرفات في أموال منذ شهر الإفلاس .

ولكن يختلف الإعسار المدني عن الإفلاس التجاري في المقوم الثالث — وهو المقوم الجوهري كما قدمنا — فلا يوجد في الإعسار المدني تصفية جماعية يقوم بها أمين التفليسة ممثلا لاتحاد الدائنين كما هو الأمر في الإفلاس التجاري، بل يبقى أمر التنفيذ على أموال المدين كما في الوسائل المدنية الأربع موكولا إلى إجراءات فردية يقوم بها كل دائن باسمه خاصة [1] .

ومن ثم يوضع الإعسار المدني إلى جانب الوسائل المدنية الأربع — الدعاوى الثلاث والحق في الحبس — وسيلة من وسائل التنفيذ على أموال المدين . وهو لا يتميز عنها في المقوم الجوهري للإفلاس التجاري ، فهو مثلها ليست فيه تصفية جماعية ولا محل فيه إلا لإجراءات فردية ، وإن كان يفوقها جميعاً في أنه يغل يد المدين عن التصرف في أمواله على النحو الذي سنبسطه فيما يلي :

٦٩٠ — الإعسار في التقنين المدني السابق : لم ينظم التقنين المدني السابق الإعسار ، وهذا بخلاف الإفلاس فقد نظمه التقنين التجاري تنظيما دقيقاً مفصلا. وقد يقال إن الإعسار ليس في حاجة إلى التنظيم الذي لا بد منه في الإفلاس ، لأن التجارة تقوم على الائتمان فلابد فيها من ضمانات قوية يطمئن إليها الدائنون ، وعلى رأس هذه الضمانات تنظيم إفلاس التاجر تنظيما يحفظ على الدائنين حقوقهم ويكفل المساواة فيما بينهم ، وليست هذه الاعتبارات قائمة في المعاملات المدنية بالقوة التي تقوم بها في التعامل التجاري . ولكن المدين المعسر ، حتى في المعاملات المدنية ، في أشد الحاجة إلى تنظيم إعساره حماية له وللدائنين على السواء . وتزداد الحاجة إلى تنظيم الإعسار المدني ، منذ يرتب القانون على هذا الإعسار نتائج هامة [2] .

(١) أنظر في الفروق ما بين الإفلاس والإعسار في القانون الفرنسي أنسيكلوبيدي داللوز ٢ لفظ Déconfiture فقرة ٣٣ — فقرة ٣٨ .

(٢) وقد كان التقنين المدني السابق يرتب على الإعسار إسقاط الأجل (م ١٠٢/١٥٦) ، وانتهاء عقد الشركة (م ٤٤٥/٥٤٢) ، ووجوب استبدال كفيل موسر بكفيل معسر إذا تعهد المدين تعهداً مطلقاً بتقديم كفيل (م ٥٠٠/٦١٠) ، وجواز مطالبة الكفيل المدين المعسر بالدين قبل حلول أجله (م ٥٠٣/٦١٤) .هذا إلى أن إعسار المدين كان مشترطاً في الدعوى غير المباشرة (م ٤١/٢٠٢) ، وفي الدعوى البولصية (م ١٤٣/٢٠٤) ، وأن لم تصرح النصوص بذلك .

وقد سار التقنين المدني السابق في عدم تنظيمه للإعسار على نهج التقنين المدني الفرنسي ، وأطلق يد المدين المعسر في التصرف ، ولم يقيد من هذا الإطلاق إلا بقدر ما تسمح به الدعوى البولصية ، ولم يواجه المدين المعسر إلا عن طريق الدعاوى الثلاث المعروفة، وهي وحدها لا تكفي في تنظيم الإعسار . واستفاضت الشكوى من هذه الحالة في فرنسا [1] وفي مصر [2] .

٦٩١ — تنظيم الإعسار في التشريعات الحديثة : أما موقف التشريعات الحديثة من تنظيم الإعسار فيختلف اختلافاً بيناً عن موقف التقنين المدني الفرنسي . فبعض هذه التشريعات — كما في ألمانيا وإنجلترا وهولندا والسويد والنرويج والدنمارك — لا تميز بين الإفلاس التجاري والإعسار المدني ، فتجعل المدين المعسر ، التاجر وغير التاجر ، خاضعاً لنظام واحد هو نظام الإفلاس التجاري . ومن ثم عرفت هذه التشريعات الإفلاس المدني (faillite civile) ، بل عرفت الإفلاس دون وصف نظاماً موحداً ، فالإفلاس عندها يتناول

= وأنظر في النتائج التي تترتب على الإعسار في القانون المدني الفرنسي بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٤ — دي باج ٣ فقرة ١٦٩ — أنسيكلوبيدي داللوز ٢ لفظ Déconfiture فقرة ٩ — فقرة ٣٢ .

(١) وقد حاولت بعض المحاكم في فرنسا أن تنظم الإعسار عن طريق تعيين حارس قضائي على أموال المدين يديرها ويصفيها كما يفعل أمين التفليسة ، ثم عن طريق جعل الدعوى البولصية تفيد جميع الدائنين السابقين على التصرف المطعون فيه واللاحقين له ، ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت على هذه المحاولات لأنها لا تتفق مع التشريع القائم الذي لم يكن لها بد من تطبيقه مهما بدا فيه من وجوه النقص (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٧ — الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٢٠) .

وسار المشرع الفرنسي في طريق تنظيم الإعسار خطوات محدودة . ففي مناسبة إفلاس شركة بناما المعروفة صدر قانون في أول يوليو سنة ١٨٩٣ يجعل الشركات المدنية ذات الشكل التجاري خاضعة لنظام الإفلاس التجاري . ثم صدر قانون في أول أغسطس سنة ١٨٩٣ باعتبار شركات التوصية وشركات المساهمة التي تنشأ في شكل تجاري شركات تجارية ، فتخضع للقوانين والعادات التجارية مهما كان موضوع الشركة ، ثم أضاف قانون ٢٧ مارس سنة ١٩٢٥ إلى هذه الشركات الشركات ذات المسئولية المحدودة . وصدر قانون في ٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ يقضي باعتبار استغلال المناجم من قبيل الأعمال التجارية لتطبيق نظام الإفلاس . أنظر في هذه المسألة : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٩ — دي باج ٣ فقرة ١٦٦ — فقرة ١٦٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٨٥ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٢٢ — الأستاذ محسن شفيق في النظم المختلفة في الإفلاس المدني ص ١٣٧ — ص ٢٢٩ — وكتابه في الإفلاس فقرة ٢٣ .

(٢) أنظر الأستاذ محسن شفيق في النظم المختلفة في الإفلاس المدني ص ٢٧٢ — ص ٢٧٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١١ — الموجز للمؤلف فقرة ٢١٢ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام فقرة ٦٢٠ الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٩ .

كلا من الإفلاس التجاري (faillite) والإعسار المدني (déconfiture) [1] . وعيب هذ النظام أنه يأخذ المدين المعسر بما يأخذ به التاجر المفلس من إجراءات لها ما يبررها في التعامل لتجاري ولكنها في المعاملات المدنية تعتبر قاسية في غير ضرورة .

وفي سويسرا نظم الإفلاس التجاري ، وترك الإعسار المدني دون تنظيم موكولا إلى إجراءات الحجز المعتادة . ولكن بعض طوائف المدينين المعسرين أخضعت لنظام الإفلاس التجاري على سبيل الإجبار ، وجعل للآخرين أن يختاروا هذا النظام فمن يشاء منهم ذلك يقيد اسمه في سجل خاص [2] . وعيب هذا النظام أنه لا يزال يترك الإعسار المدني دون تنظيم ، ويقتصر على نقل بعض المدينين المعسرين إلى نظام الإفلاس التجاري ولا يتلاءم هذا النظام في بعض إجراءاته مع ملابسات الإعسار المدني .

ولعل النظام الأسباني هو خير هذه النظم جميعاً ، فهو ينظم الإعسار المدني تنظيما مستقلا عن تنظيم الإفلاس التجاري ، ويسير في نظام وفقاً لمقتضياته . فالتاجر المفلس غير المزارع المعسر . الأول يتقيد باعتبارات جوهرية في الائتمان التجاري تدعو إلى تنظيم إفلاسه تنظيما دقيقاً يكفل الطمأنينة لدائنيه ويقر المساواة فيما بينهم ، فتصفى أمواله تصفية جماعية يقوم بها أمين التفليسة باسم جميع الدائنين . أما المزارع المعسر فليس في حاجة إلى ذلك ، بل إن اقتحام نظام الإفلاس التجارية في شأنه ، وما ينطوي عليه من رفع يده عن أمواله وتعيين أمين تفليسة يتسلمها ويصفيها تصفية جماعية ، من شأنه أن يربك أعماله في غير ضرورة . وبحسب الإعسار المدني أن ينظم تنظيما يكون من شأنه غل يد المدين عن التصرف ، فهذا هو القدر الضروري لحماية الدائنين ، دون أن ترفع يده عن ماله ودون أن تتخذ إجراءات جماعية كثيرة النفقة شديدة التعقيد ، إن تطلبتها مقتضيات الائتمان التجاري فليس

---

(١) أنظر التشريع الألماني الصادر في سنة ١٨٧٧ ، والتشريع الإنجليزي الصادر في سنة ١٨٨٣ ، والتشريع الهولندي الصادر في سنة ١٨٩٣ . وأنظر في الإفلاس كنظام موحد للتجار وغير التجار في التشريعين الألماني والإنجليزي رسالة الأستاذ محسن شفيق في النظم المختلفة في الإفـلاس المدني ص ٥٣ — ص ١٣٣ .

(٢) أصدر المشرع السويسري قانوناً اتحادياً (féderal) للتنفيذ من أجل الديون والإفلاس في سنة ١٨٨٩ . فرسم طريقين للتنفيذ ، أحدهما طريق الإفلاس والآخر طريق الحجز . فإذا كان المدين مقيداً في السجل التجاري وجب اتباع طريق الإفلاس ، وإلا فطريق الحجز . وقسم السجل التجاري إلى قسمين : قسم حرف (أ) وهو خاص بالقيود الإجبارية أي القيود المتعلقة بالتجار والمؤسسات التي تتخذ الشكل التجاري ولا يعفي من هذا القيد إلا صغار التجار ، وقسم حرف (ب) وهو خاص بالقيود الاختيارية إذ أجاز المشرع لغير التجار إجراء القيد في السجل (الأستاذ محسن شفيق في النظم المختلفة في الإفلاس المدني ص ٢٣٣ — ص ٢٦٧) .

ملابسات الائتمان المدني في حاجة إليها [1] . على أن النظام الأسباني لا يفرق كثير تنظيم الإفلاس التجاري وتنظيم الإعسار المدني من ناحية التصفية الجماعية [2] . وها توقاه التقنين المدني المصري الجديد ، فقد جعل تنظيم الإعسار المدني يختلف اختلافاً وا عن تنظيم الإفلاس التجاري ، واقتصر في الإعسار المدني على الإجراءات الفردية سنرى [3] .

٦٩٢ — تنظيم الإعسار في التقنين المدني الجديد — الإعسار الف والإعسار القانوني

والإعسار القانوني : على أن المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد كان يتض نصوصاً تنشئ نظاماً أستثنائياً لتصفية جماعية في الإعسار المدني . ولما عرضت هذه النصو

---

(١) أنظر في انتقاد توحيد نظامي الإفلاس التجاري والإعسار المدني وبيان عدم صلاحية ذلك في مصر الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٢٤ ، وينتهي إلى ما يأتي : " هذه هي الأسباب التي تدعونا إلى نظرية الإفلاس المدني على الأخص في بلاد زراعية كمصر ، حيث لا سبيل إلى تنشيط الائتمان الزراعي بإنشاء بنوك التسليف والعمل على تيسير الحصول على القروض منها . غير أن هذا لا يعني أننا ن القائلين بترك نظام الإعسار بغير تنظيم ، فمن غير المرغوب فيه حقاً أن يظل المدين على الرغم من إع قادراً على التصرف في أمواله والعبث بحقوق دائنيه ، أو أن يبقى حصول الدائنين على حقوقهم ثمرة التس والتزاحم بينهم . غير أننا لا نرى أن سبيل الإصلاح يكون بتطبيق نظام الإفلاس برمته على غير التج وإنما يجب التمحيص والتدقيق في أحكام هذا النظام والاستعانة بما يلائم منها المعاملات المدنية ، بمعن يجب وضع نظامين للتنفيذ على أموال المدين الذي يعجز عن أداء ديونه ، أحدهما نظام الإفلاس ويق تطبيقه على التجار ويكون محله القانون التجاري ، والآخر نظام الإعسار ويتبع في شأن غير التجار وي موضعه القانون المدني .وقد سارت بعض التشريعات على هذا الوضع ، وفي مقدمتها التشريع الأس حيث يوجد نظام للإفلاس (quiebra) وآخر للإعسار (concurso) ، ولئن كان صحيحاً أن ال بين النظامين كبير فإنهما غير متماثلين وأتبع المشرع المصري في القانون المدني الجديد هذا المنهج فوضع ن شاملا لحالة الإعسار ، واستعان في شأنه ببعض أحكام الإفلاس في حدود متزنة ومعقولة " (الأستاذ مح شفيق في الإفلاس ص ٥٠) .

(٢) ويجوز في هذا النظام أن يقرر الدائنون ، بأغلبية الثلثين ، وقف الإجراءات أو الحط من الديون . فإذ تتوافر هذه الأغلبية كان المدين في حالة إعسار ، فترفع يده عن ماله ، وتوقف إجراءات التنفيذ الفر (أنسيكلوبيدي داللوز ٢ لفظ Déconfiture فقرة ٨) .

(٣) أنظر في تنظيم الإعسار المدني على أسس تختلف عن الأسس التي يقوم عليها تنظيم الإفلاس التجاري الأستاذ محسن شفيق في النظم المختلفة في الإفلاس التجاري ص ٢٧١ — ص ٣١٥ . وقد كانت الصفحات بوجه خاص تحت نظر لجنة تنقيح التقنين المدني عندما وضعت النصوص الخاصة بتنظيم الإع المدني في التقنين الجديد . وأنظر أيضاً بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٦ — فقرة ٨١٩ .

للاستفتاء ، مال الرأي العام القانوني في مصر إلى عدم الأخذ بهذا النظام الاستثنائي ، فحذفت النصوص المتعلقة به في لجنة المراجعة [1] .

واستقت النصوص التي تنظم الإعسار المدني دون تصفية جماعية تنظيما يتلاءم مع مقتضيات المعاملات المدنية . ولما كانت هذه النصوص تنظم الإعسار عن طريق شهره بموجب حكم قضائي ، فإن التقنين المدني الجديد يكون قد أنشأ حالة قانونية منظمة للإعسار، وانقلبت هذه الحالة — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي [2] — " ومن مجرد أمر واقع يكتنفه التجهيل ، إلى نظام قانوني واضح المعالم بين الحدود" [3] فأصبح

(١) وكانت هذه النصوص في المشروع التمهيدي هي المواد من ٣٥٤ إلى ٣٨٤ من هذا المشروع . وتتلخص الأسس التي كان يقوم عليها النظام الاستثنائي للتصفية الجماعية — كما قرر المشروع التمهيدي — فيما يأتي:

أ) يجوز للمحكمة ، عند الحكم بشهر الإعسار أو في أي وقت بعد صدور هذا الحكم ، أن تعين عند الاقتضاء بناء على طلب أحد الدائنين أو بناء على طلب المدين نفسه ، حارساً مصفياً يوفي الدائنين حقوقهم، إما ببيع أموال المدين وإما بتسوية ودية مع الدائنين . وتندب المحكمة قاضياً للإشراف على أعمال التصفية .

ب) يترتب على تعيين الحارس المصفي أن يتخلى المدين عن إدارة أمواله ، وأن تصبح أمواله محجوزة حجزاً تحفظياً . فلا يجوز اتخاذ أي إجراء إلا بواسطة الحارس المصفي أو في مواجهته .

ج) يعد الحارس المصفي بياناً عن حالة المدين يعرضه على الدائنين في اجتماع يدعوهم إليه . ثم يأخذ في هذا الاجتماع وفيما يليه من اجتماعات في تحقيق الديون وفقاً للإجراءات التي تتبع في تحقيق الديون في حالة الإفلاس .

د) عند الانتهاء من فحص الديون ينظر الدائنون فيما يكون قد عرضه المدين من مقترحات لتسوية ديونه تسوية ودية . ولا تتم التسوية الودية إلا إذا أقرتها الأغلبية المطلقة للدائنين وكانت هذه الأغلبية تملك ثلاثة أرباع الديون التي فحصت واعتمدت . وتصدق المحكمة على التسوية .

هـ) إذا لم يتفق على تسوية ما ، اتخذ الحارس المصفي الإجراءات لبيع أموال المدين المعسر بالمزاد العلني وفقاً للأوضاع المقررة في تقنين المرافعات ، ما لم ترخص المحكمة للحارس المصفي في أن يبيع كل أموال المدين أو بعضها بطريق الممارسة وبشروط معينة .

و) يودع الحارس المصفي المبالغ الناتجة عن بيع أموال المدين خزانة المحكمة . ويتولى القاضي المنتدب توزيع هذه المبالغ وفقاً للقواعد المقررة في تقنين المرافعات لقسمة المال قسمة غرماء وقسمة ترتيب .

ز) متى تمت التصفية الجماعية بغير طريق التسوية الودية ، يعود للدائنين حقهم في اتخاذ إجراءات فردية على ما يستجد من مال للمدين . ويجوز في هذه الحالة تعيين حارس مصفي من جديد إذا كان المستجد من المال قدراً كافياً يبرر ذلك .

(أنظر مشروع تنقيح القانون المدني — المذكرة الإيضاحية جزء ٢ ص ٣٨١ — ٣٩٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٢ .

(٣) وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي دفاعاً مسهباً عن نظام الإعسار الذي قرره التقنين الجديد ، وبينت أن هذا النظام يخدم مصالح الجميع ، مصالح المدين ومصالح الدائنين . ومما جاء في هذا الصدد : ومتى أشهر الإعسار كان مركز المدين في تصفية ديونه أفضل بلا شك من مركزه وفقاً لأحكام التشريع الحالي (السابق) ، ذلك أن هذا الإشهار لا يستتبع حتما حلول الديون المؤجلة، فللقاضي أن يبقي —

التقنين المدني الجديد يميز بين نوعين من الإعسار : الإعسار الفعلي (...abilité) والإعسار القانوني (déconfiture) ويختلف الإعسار الفعلي عن الإعسار القانوني ... عدة .

فالإعسار الفعلي حالة واقعية (état de fait) تنشأ عن زيادة ديون المدين ... كانت مستحقة الأداء أو غير مستحقة ما دامت محققة الوجود — على حقوقه . أما ... القانوني فحالة قانونية (état de droit) تنشأ عن زيادة ديون المدين المستحقة الأ... حقوقه [1] ، ولا بد من شهرها بموجب حكم قضائي يجعل المدين في حالة إعسار ... déconfiture) .

— على الأجل وأن يمد فيه ، بل وللقاضي ما هو أفضل : فله أن ينظر المدين إلى ميسرة بالنسبة ... المستحقة الأداء ، وبهذا تتاح له تصفية ديونه ودياً في أكثر الظروف ملاءمة . كما أن المشروع ... كذلك أن يتصرف في ماله ولو بغير رضاء هؤلاء الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل ، و... الثمن خزانة المحكمة للوفاء بحقوقهم ، وقد بسط له المشروع في أسباب الحماية ولا سيما ما ... إنساني الصبغة . فخوله حق الحصول على نفقة تقتطع من إيراده إذا كان هذا الإيراد محجوزاً . أما ... فيكفل لهم نظام الإعسار قسطاً من الحماية لا يدانيه ما كفل لهم منها بمقتضى الأحكام الراهنة . ... أن يشفقوا في ظل هذا النظام من تقدم أحدهم على الباقين بغير حق ، ذلك أن مجرد تسجيل صحي... إشهار الإعسار يكون من أثره عدم نفاذ أي اختصاص يقع بعد ذلك على عقارات المدين في حق ... السابقة ديونهم على هذا التسجيل . ومتى أشهر إعسار المدين أصبح من أهون الأمور على الدائنين ... جانبه فيما يصدر عنه من التصرفات الضارة أو المدخولة ، وأصبح إعمال أحكام الدعوى البولصية ... بساطته . فكل تصرف قانوني يصدر من المدين المعسر ، ويكون من ورائه انتقاص حقوقه أو زيادة ... وكل وفاء يقع منه ، لا ينفذ في حق الدائنين ، دون حاجة إلى تحميلهم عبء إقامة الدليل على الغ... عبء في أغلب الأحيان غير يسير . ولتعزيز حماية الدائنين من تصرفات المدين الضارة أو المدخو... المشروع توقيع عقوبة التبديد على المدين إذا ارتكب عملا من أعمال الغش البين إضراراً بدائنيه . ... النحو كفل المشروع نظام الإعسار حماية وافية للدائنين من المدين ، وجعل من المساواة الواجبة بين... واقعة . وقد ذهب البعض إلى أن نظام الإعسار ، وإن توافرت له المزايا التي تقدمت الإشارة إليه... يخلو إعماله من عيب قد يرجح هذه المزايا جميعاً . فإذا فرض في رأيهم أن أغلب الملاك يعوزون بأعي... فمن الخطر أن تتخذ إجراءات لإشهار إعسار هؤلاء الملاك ، لأن هذه الإجراءات تفضي من طري... القضائية إلى الكشف عن مراكز أو أحوال ينبغي أن يكتم أمرها عن الملأ لاعتبارات مادية وأدبية . ... صح أن يستهان بما يعرض للذهن في مثل هذه الظروف من وجوب رعاية ما يقتضي التعامل ... وخلق ، أفلا يبقى بعد ذلك أمر التساؤل عما إذا كانت هذه المراكز المضطربة تظل في الواقع ... معلومة ؟ الحق أنه ليس أيسر من كشف الحقيقة والنصر بها في هذا الشأن ، فإن لم يتح ذلك ... استفاضة الشهرة ، فثمة علانية إجراءات التوزيع القضائي وجلسات المزايدات " (مجموعة ... التحضيرية ٢ ص ٦٥٩ — ص ٦٦٠) .

(1) إعسار المدين . ماهيته . حالة قانونية تستفاد من عدم كفاية أمواله للوفاء بديونه المستحقة الأداء . أمر واقع . ادعاء الدائن إعسار مدينه . وجوب إقامته الدليل . عدم جواز تكليف المدين بإثبات يفطي الدين .

(جلسة ٢٠٠٠/٥/٢٨ الطعن رقم ٣٥٦٣ لسنة ٦٩ ق) .

والآثار التي يرتبها القانون على الإعسار القانوني قد لا يرتبها على الإعسار الفعلي. فسرى أن سقوط الأجل (م ٢٥٥ فقرة أولى و م ٢٧٣ مدني) ، ومنع المدين من التصرف في ماله (م ٢٥٧ مدني) ، وتعريضه لعقوبة التبديد في حالتين معينتين (م ٢٦٠ مدني) ، وجواز إعطائه نفقة من إيراداته المحجوزة (م ٢٥٩ مدني) ، وعدم جواز الاحتجاج بحقوق الاختصاص فيما بين الدائنين (م ٢٥٦ فقرة ٢ مدني) ، إنما يترتب ذلك كل على الإعسار القانوني ، لا على مجرد الإعسار الفعلي . أما انتهاء الشركة بإعسار أحد الشركاء (م ٥٢٨ فقرة أولى مدني) ، وجواز إنهاء العارية إذا أعسر المستعير بعد انعقادها أو كان معسراً قبل ذلك دون علم من المعير (م ٦٤٤ حرف حـ مدني) ، وتقديم كفيل موسر (أي غير معسر) إذا التزام المدين بتقديم كفيل (م ٧٧٤ مدني) ، وسقوط حق الدائن في الرجوع على الكفيل إذا أعسر المدين ولم يتخذ الدائن الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقوقه (قياساً على وجوب تقدمه في تفليسة المدين إذا أفلس : م ٧٨٦ مدني) ، كل ذلك يترتب على الإعسار الفعلي دون حاجة إلى أن يكون الإعسار قانونياً . كذلك في الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية استبقى التقنين المدني الجديد الإعسار على ما كان عليه في التقنين المدني السابق ، إعساراً فعلياً لا إعساراً قانونياً ، مسايراً في ذلك تقاليد هاتين الدعويين . وينهض لتوجيه هذا الرأي أن التقنين المدني الجديد حدد على وجه الدقة المقصود بالإعسار في الدعوى البولصية ، فنص في المادة ٢٣٩ على أنه " إذا ادعى الدائن إعسار المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها " . فالمشرع هنا اعتبر المدين معسراً بمجرد ألا يكفي ماله للوفاء بجميع ديونه ، المستحقة وغير المستحقة ، بينما هو في الإعسار القانوني لا يعتبر المدين معسراً إلا إذا كان ماله لا يكفي للوفاء بديونه المستحقة وحدها دون ديونه غير المستحقة . فالإعسار القانوني ، كما نرى ، حالة أشد إمعاناً في الاستغراق بالدين من الإعسار الفعلي ، والتقنين المدني الجديد صريح في أنه يكتفي في الدعوى البولصية — وتبعاً لذلك الدعوى غير المباشرة — بالإعسار الفعلي دون الإعسار القانوني [1] .

(١) أنظر عكس ذلك الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٥٣ ص ٧٧ — ص ٧٨ — وفي رأينا أن التقنين المدني الجديد إذا أطلق لفظ " الإعسار " فلا يتخصص اللفظ للإعسار القانوني ، بل ينصرف إلى بعض الإعسار أي الإعسار الفعلي (أنظر المواد ٢٣٥ فقرة ٢ و ٢٣٧ و ٥٢٨ فقرة أولى و ٦٤٤ حرف حـ) . أما إذا قصد بلفظ " الإعسار " الإعسار القانوني ، قرن اللفظ بما يدل على هذا المعنى إشعاراً بأهمية ما يرتب من النتائج على ذلك ، فيقول مثلا : " يسقط حق المدين في الأجل : إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون ... " (م ٢٧٣ — وأنظر أيضاً المواد ٢٥٥ فقرة أولى و ٢٥٦ فقرة ٢ و ٢٥٧ و ٢٥٩ و ٢٦٠)

وقد ينتهي الإعسار القانوني قبل أن ينتهي الإعسار الفعلي . ذلك أن الإعسار القانوني ينتهي بموجب حكم إذا وفى المدين المعسر ديون الحالة ، وينتهي حتما بقوة القانون إذا انقضت خمس سنوات على شهر الإعسار . فيتبين من ذلك أن الإعسار القانوني قد ينتهي ، ومع ذلك تبقى ديون المدين أكثر من حقوقه فيكون معسراً فعلا ، وهكذا قد يتناوب المدين إعسار فعلي ينتقل منه إلى إعسار قانوني ليعود بعد ذلك إلى إعسار فعلي . وسيأتي بيان ذلك تفصيلا فيما يلي .

وننتقل الآن ، بعد هذا التمهيد ، إلى بسط أحكام تنظيم الإعسار المدني في التقنين المدني الجديد ، أي إلى الكلام في حالة الإعسار القانوني . فنبحث : (أولاً) شهر حالة الإعسار (ثانياً) الآثار التي تترتب على حالة الإعسار (ثالثاً) انتهاء حالة الإعسار .

ونقصد فيما يلي ، إذا أطلقنا لفظ " الإعسار " ، الإعسار القانوني ، أي الإعسار كحالة قانونية منظمة ، فإذا أردنا الإعسار الفعلي صرحنا بذلك [1]

الفرع الأول
شهر حالة الإعسار

٦٩٣ — دعوى شهر الإعسار : لا بد لثبوت حالة الإعسار ، من دعوى ترفع بذلك ، وحكم يصدر بشهر الإعسار . فوجب إذن أن نبحث أمرين : (١) طرفي دعوى الإعسار (٢) إجراءات هذه الدعوى .

المبحث الأول
طرفا دعوى الإعسار

٦٩٤ — النصوص القانونية: تنص المادة ٢٤٩ من التقنين المدني على ما يأتي:

(١) وشبيه بتنظيم حالة الإعسار (م ٢٤٩ — ٢٦٤ مدني) تنظيم تصفية التركة (م ٨٧٦ — ٩١٣ مدني) — ففي الحالتين لا يجوز التصرف في أموال المدين المعسر ولا في أعيان التركة ، ولا يحتج على الدائنين بأي اختصاص يقع بعد تسجيل حكم الإعسار بعد موت المدين ، ويعاقب المدين المعسر بعقوبة التبديد في بعض الحالات كما يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشاً على شيء من مال التركة ولو كان وارثاً ، ويجوز تقدير نفقة يتقاضاها المدين من إيراداته المحجوزة أو يتقاضاها من كان المورث يعولهم من ورثته . ولكن إجراءات تصفية التركة إجراءات جماعية ، بخلاف إجراءات تصفية مال المعسر فهي كما رأينا إجراءات فردية

" يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء" .

وتنص المادة ٢٥٠ على ما يأتي :

" يكون شهر الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين ، بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه . وتنظر الدعوى على وجه السرعة " .

وتنص المادة ٢٥١ على ما يأتي :

" على المحكمة في كل حال قبل أن تشهر إعسار المدين أن تراعي في تقديرها جميع الظروف التي أحاطت به ، سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة . فتنظر إلى موارده المستقبلية ، ومقدرته الشخصية ، و مسئوليته عن الأسباب التي أدت إلى إعساره ، ومصالح دائنيه المشروعة ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المالية " (١) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٤٩ : ورد هذا النص في المادة ٣٣٤ من المشروع التمهيدي ، عن طريق الخيرة ، على الوجهين الآتيين: " يجوز أن يشهر إعسار كل مدين غير تاجر ، تزيد ديونه عن أمواله ، متى توقف عن وفاء ديونه المستحقة الأداء " أو " يجوز أن يشهر إعسار كل مدين غير تاجر إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء " . وفي لجنة المراجعة أشار أحد الأعضاء إلى أن نظام الإعسار لا يتفق مع الحالة الاقتصادية في مصر ، إذ هو يسيء إلى مركز المدينين وهم أغلبية دون أن ينطوي على منفعة حقيقية لهم. فأجيب على ذلك بأن وضع هذا النظام أريد به تقرير الأمر الواقع ، فالمدين الذي ينـــزع ملكه تتخذ قبله إجراءات علنية ، وليس في شهر الإعسار ما يمس سمعة المدين بأكثر من ذلك . ثم إن النظام الذي وضعه المشروع يعود على المدين بمزايا حقيقية ، وييسر له أمر الوفاء بديونه . ونوه أحد الأعضاء بأن نظام الإعسار يكون أولى بالقبول لو تضمن مزايا مماثلة للمزايا التي يحصل عليها المدين التاجر من طرق الصلح الواقي من الإفلاس ، كإبراء المدين من جزء من الديون إذا وافقت على ذلك أغلبية من الدائنين، أو إبرائه من الديون أياً كان مقدارها متى ترك للدائنين كل ما يملك من مال . فوافقت اللجنة على استبقاء نظام الإعسار في المشروع مع إحالة الاقتراح الخاص بإبراء المدين إلى لجنة فرعية (ولم يظهر لعمل هذه اللجنة أية نتيجة — والظاهر أن لجنة المراجعة اكتفت بما تضمنه المشروع من جواز مد آجال الديون ومن جواز منح آجال للديون الحالة) . ثم فاضلت لجنة المراجعة بين النصين المعروضين ، فاختارت النص الآتي : " يجوز أن يشهر إعسار المدين غير التاجر إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء " ، وأصبح رقم المادة ٢٦١ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ أعيد الاعتراض على نظام الإعسار ، وقيل إن هذا النظام جديد ، وهو نظام خطر من الناحية الموضوعية وقد انتقده الكثيرون . ورد على هذا الاعتراض بأن نظام الإعسار يكفل للمدين والدائن مزايا عدة لا تكفي في توفيرها الأحكام الجزئية التي وردت في سياق تحديد فكرة الحدف ، ولا تعادلها الاعتبارات المتصلة بعدد الدعاوى ، وهي بالنسبة إلى المدين كثيرة وإجراءات شهر الإعسار قد تفضي على القبض إلى الإقلال منها . ولم تر اللجنة الأخذ بالاعتراض ، وأقرت نظام الإعسار في مجموعه ، أما من حيث النص المعروض فحذفت كلمتي " غير التاجر " لأن قانون التجارة تكفل بالإجراءات التي تتخذ بالنسبة إلى التاجر، ولإفساح المجال لبحث فكرة وضع نصوص في القانون التجاري —

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولم يكن هذا التقنين ينظم الإعسار المدني كما سبق القول .

وليس في التقنينات المدنية العربية الأخرى ما نظم الإعسار المدني إلا التقنينان السوري والعراقي . أما التقنين اللبناني فقد ترك الإعسار المدني دون تنظيم كما فعل التقنين المدني الفرنسي . وكذلك شأن التقنين الليبـــي ، فقد أغفل تنظيم الإعسار .

وتقابل النصوص السالفة الذكر في التقنين المدني الســوري المواد من ٢٥٠ إلى ٢٥٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٧٠ و ٢٧١ فقرة أولى (١) .

ومن هذه النصوص يتبين أن المدعى عليه في دعوى الإعسار هو المدين المعسر دائماً، أما المدعى فيكون في الغالب أحد دائنيه وقد يكون هو المدين نفسه .

— تجيز للمدين التاجر الاستفادة من أحكام الإعسار بما فيها من يسر . ووافقت اللجنة على المادة معدلة على الوجه الآتي : " يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء " . تحت رقم ٢٤٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٢ — ص ٦٦٥) .

م ٢٥٠ : ورد هذا النص في المادة ٣٣٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " يكون إشهار الإعسار بحكم تصدره المحكمة التي يتبعها موطن المدين ، بناء على طلب المدين نفسه أو بناء على طلب دائنيه " . وفي لجنة المراجعة رؤى أن تنظر دعوى الإعسار على وجه السرعة ، فعدل النص على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، تحت رقم ٢٦٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٦) .

م ٢٥١ : ورد هذا النص في المادة ٣٣٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٦٣ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٧ — ص ٦٦٨) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٥٠ — ٢٥٢ : (مطابقة لنصوص التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٧٠ : المدين المفلس الذي يكون دينه المستحق الأداء أزيد من ماله إذا خاف غرماؤه ضياع ماله أو خافوا أن يخفيه أو أن يجعله باسم غيره ، وكان خوفهم مبنياً على أسباب معقولة، وراجعوا المحكمة في حجره عن التصرف في ماله أو في إقراره بدين لآخر ، حجرته المحكمة .

م ٢٧١ فقرة أولى : يكون الحجر بحكم تصدره محكمة البداءة بناء على طلب أحد الدائنين .

(وتحديد الإعسار المدني في التقنين العراقي كتحديده في التقنين المصري : عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة الأداء . وللمحكمة سلطة تقديرية تستخلص من عبارة "وكان خوفهم مبنياً على أسباب معقولة " . وللدائن ، دون المدين ، في التقنين العراقي ، طلب الحجر على المدين ، أما في التقنين المصري فيجوز أيضاً للمدين أن يطلب شهر إعسار نفسه . ومع ذلك قارن الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٠١ ص ١٠٠ حيث يذهب إلى جواز أن يطلب المدين طلب الحجر على نفسه في القانون المدني العراقي) .

٦٩٥ – المدعى عليه هو المدين المعسر : من الطبيعي أن يكون المدع[ى] عليه في دعوى الإعسار هو المدين المعسر . وهنا يجب تحديد ما هو المقصود بلفظ " المعسر " فقد قدمنا أن الإعسار القانوني ليس ضرورة هو الإعسار الفعلي .

فالإعسار الفعلي هو كما قدمنا زيادة ديون المدين على حقوقه [١] ، سواء كانت ديونه مستحقة الأداء أو غير مستحقة الأداء ، مادامت ديوناً محققة الوجود . فلا يدخل في الحساب الديون المتنازع فيها إلى أن تخلو من النـــزاع . ولا الديون المعلقة على شرط واقف إلى أن يتحقق الشرط . أما الديون المؤجلة ، والديون المعلقة على شرط فاسخ ، والديون غير المقدرة ، فإنها تحسب جميعاً . ولكن يجب تقدير الديون غير المقدرة ، للإستيثاق مما إذا كان مال المدين يكفي للوفاء بها هي والديون المقدرة . وإذا تحقق الشرط الفاسخ ، فسقط الدين المعلق على هذا الشرط ، استنـــزل من مجموع الديون ، وقد ينقلب المدين باستنـــزال هذا الدين موسراً بعد أن كان معسراً .

هذا هو تحديد الإعسار الفعلي . أما الإعسار القانوني فقد توخى له التقنين المدني تحديداً آخر جعله أقل وقوعاً من الإعسار الفعلي [1] . ونبادر إلى القول – قبل تحديد الإعسار القانوني – أن الإفلاس التجاري هو أيضاً شيء آخر غير الإعسار الفعلي وغير الإعسار القانوني . فالإفلاس التجاري يجوز شهره بمجرد أن يتوقف المدين التاجر عن الوفاء بدين عليه في الميعاد المحدد . ولا ينظر في الإفلاس التجاري إلى ما إذا كان المدين معسراً بالفعل أو غير معسر ، فقد يكون موسراً وتكون له أموال تربي على ديونه أضعافاً مضاعفة ، ولكن إذا كانت هذه الأموال لا يستطيع المدين أن يسدد منها الدين المطلوب، بأن تكون هي الأخرى ديوناً في ذمة مديني المدين لم تدفع لعدم حلول أجلها أو لتوقف المدينين عن الدفع ، أو تكون عقارات أو منقولات يتعذر بيعها لوفاء الدين من ثمنها ، أو تقصر هذه الأموال على الوفاء بالدين لأي سبب آخر ، فإنه يجوز شهر إفلاس المدين ، مهما بلغ من اليسار ، مادام قد توقف عن دفع دين عليه مستحق الأداء. وهذا هو الذي توجبه مقتضيات التعامل التجاري ، فهو تعامل يقوم على الثقة والائتمان فلا بد من أن يفي التاجر بدينه في الميعاد المحدد للوفاء ، فإن دائنه قد ائتمنه واطمأن إلى التعامل معه ، ويغلب أن يكون هذا الآخر مديناً اعتمد في الوفاء بدينه على أن مدينه سيفيه حقه ، فمتى توقف مدينه عن الدفع

(١) أو كما يقال عادة زيادة الخصوم (passif) على الأصول (actif) .

(1) الحكم برفض شهر الإعسار لعدم توافر الإعسار القانوني لا يؤدي بطريق اللزوم الحتمي إلى انتفاء الإعسار الفعلي .
(جلسة ١٩٧٨/٥/٨ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٩ ص ١١٨٥) .

توقف هو أيضاً عن الدفع لدائنه ، وقد يتوقف هذا الدائن هو أيضاً عن الدفع لدائنه وهكذا دواليك ، فيجري توقف مدين توقف سلسلة من مدينين غيره اعتمد بعضهم على بعض . ومن ذلك نرى ما لتوقف المدين التاجر عن الوفاء بديه من نتائج خطيرة ، ومن كان جزاء هذا التوقف جواز شهر الإفلاس [١] .

وليس كذلك الإعسار القانوني [1] . فإن مجرد توقف المدين عن الدفع ليس بالدل[يل] على إعساره ، ولا يجر هذا التوقف عادة في المعاملات المدنية كل النتائج الخطيرة التي رأيناها في التعامل التجاري . ومن ثم لم ير المشرع في التقنين المدني الجديد أن يقف عند هذه القري[نة] لاعتبار أن المدين معسراً . ولم يقف حتى عند الإعسار الفعلي ، بأنه يكون مال المدين [لا] يكفي للوفاء بجميع ديونه . بل هو لم يرض أن يجمع بين الأمرين : الإعسار الفعلي والتوقف عن الدفع .وقد كان هذا الطريق أحد طريقين لتحديد الإعسار القانوني في المشرو[ع] التمهيدي للتقنين الجديد . فلم تختر لجنة المراجعة هذا الطريق [٢] ، واختارت الطريق الآخ[ر] الذي استقر في التقنين الجديد ، وهو أكثر رفقاً بالمدين . فلا يكفي ، حتى يجوز شهر إعسا[ر] المدين ، أن تكون أمواله غير كافية للوفاء بجميع ديونه ، ولا يكفي أن يتوقف عن دفع دي[ن] مستحق الأداء ؛ بل يجب أن يكون أشد إعساراً من كل ذلك ، فتكون أمواله غير كافي[ة] للوفاء بديونه المستحقة الأداء وحدها [٣] . فلو أن أمواله كانت كافية للوفاء بالديو[ن]

(١) وكذلك قد يكون المدين التاجر معسراً إعساراً فعلياً أو قانونياً ، ولكنه مادام يدفع ديونه الحالة عند طلبها ولا يتوقف عن الدفع ، فلا يجوز شهر إفلاسه (الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ١٤٤ ص ١٧٩ – ص ١٨٠) .

(1) مفاد نص المادتين ٤١٧ و ٢٣٧ من التقنين المدني قد فرق بين الإعسار القانوني الذي استلزم توافره لشهر إعسار المدين ، واشترط لقيامه ، أن تكون أمواله غير كافية لوفاء ديونه المستحقة الأداء ، وبين الإعسار الفعلي الذي استلزم توافره في دعوى عدم نفاذ التصرف ، واشترط لقيامه أن يؤدي التصرف الصادر من المدين إلى أن تصبح أمواله غير كافية للوفاء بجميع ديونه سواء ما كان منها مستحق الأداء أو مضافاً إلى أجل، ويؤدى ذلك أن الإعسار الفعلي أوسع نطاقاً من الإعسار القانوني فقد يتوافر الأول دون الثاني .
(جلسة ١٩٧٨/٥/٨ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٩ ص ١١٨٥) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦٩٤ في الهامش في تاريخ المادة ٢٤٩ – وأنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٣ ص ٦٦٤ .

(٣) أو كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " لا يشترط مجرد نقص حقوق المدين عن ديونه ، [بل] يشترط أيضاً أن تكون هذه الحقوق أقل من الديون المستحقة الأداء ، أي أقل من جزء معين من مجموع الديون " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٢) .

المستحقة الأداء ، لم يجز شهر إعساره ، حتى لو كانت هذه الأموال غير كافية للوفاء بجميع الديون الحالة والمؤجلة [1] ، وحتى لو توقف عن دفع دين حال .

ونرى من ذلك أن الإعسار القانوني أضيق من الإعسار الفعلي ، وأن المعسر إعساراً فعلياً لا يكون بالضرورة معسراً إعساراً قانونياً ، وإن كان المعسر إعساراً قانونياً لابد أن يكون معسراً إعساراً فعلياً . فلو كانت أموال المدين تقدر بعشرة آلاف ، وكانت ديونه الحالة ثمانية آلاف . وديونه المؤجلة أربعة آلاف ، فهذا المدين معسر إعساراً فعلياً لأن مجموع ديونه الحالة والمؤجلة يربى على مجموع أمواله ، وهو غير معسر إعساراً قانونياً لأن ديونه الحالة لا تزيد على ما عنده من مال . ولو كانت الديون الحالة اثنى عشر ألفاً بدلاً من ثمانية آلاف ، لكان المدين معسراً أيضاً إعساراً قانونياً ، لأن ديونه الحالة أصبحت تربى على أمواله .

على أن الإعسار القانوني ، على ضيقه ، أوسع من الإفلاس التجاري ، فقد رأينا أن مجرد توقف المدين التاجر عن دفع دينه الحال يجيز شهر إفلاسه ، ولو كان هذا المدين غير معسر ، لا إعساراً قانونياً ولا إعساراً فعلياً [2] .

٦٩٦ – عبء إثبات الإعسار : ويقع عبء إثبات إعسار المدين على من يطلب شهر إعساره ، ويكون غالباً أحد دائنيه كما سيأتي . ويمكن إثبات الإعسار – أي عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة الأداء – بجميع الطرق لأن الإعسار واقعة مادية . ويجوز الانتفاع بالقرينة القانونية الواردة في المادة ٢٣٩ مدني ، على أن تكون قرينة قضائية . فقد رأينا المادة ٢٣٩ تنص على أنه " إذا ادعى الدائن إعسار المدين، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها " . فإذا أثبت الدائن ديناً مستحق الأداء في ذمة المدين ، كان للقاضي أن يستخلص من ذلك قرينة قضائية على أن هذا المدين معسر، وهي قرينة تقبل إثبات

(1) ولا يقال إن الديون المؤجلة تحل بالإعسار ، فإن الدين المؤجل لا يحل إلا بشهر الإعسار ، أي بالإعسار القانوني دون الإعسار الفعلي ، كما سنرى .

(2) ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يخضع المدين التاجر – في غير معاملاته التجارية – لنظام الإعسار المدني (القانوني) في دين مدني لدائن تاجر (كثمن مفروشات يشتريها التاجر من تاجر آخر لاستعماله الخاص) أو لدائن غير تاجر (كأجرة المنزل الذي يسكنه التاجر) . أنظر في هذا المعنى : الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ١٤٩ ص ١٩٤ – ص ١٩٧ .

العكس ككل القرائن القضائية ، فيجوز للمدين دحضها إذا هو أثبت أن عنده مالا يكفي للوفاء بهذا الدين المستحق الأداء [1] .

٦٩٧ – سلطة المحكمة التقديرية في شهر الإعسار : وحتى بعد إثبات أن أموال المدين غير كافية للوفاء بديونه المستحقة الأداء على النحو الذي قدمناه ، فليس من الضروري أن تقضي المحكمة بشهر إعساره، بل إن لها سلطة تقديرية واسعة في ذلك.

فعلى المحكمة – كما تقول المادة ٢٥١ مدني – في كل حال ، قبل أن تشهر إعسار المدين ، أن تراعى في تقديرها جميع الظروف التي أحاطت به ، سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة . فتنظر إلى موارده المستقبلة ، ومصالح دائنيه المشروعة ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المالية .

فالظروف التي تراعيها المحكمة إذن في تقديرها هي الظروف العامة التي أعسر فيها المدين ، وكذلك الظروف الخاصة بشخصه ، فالظروف العامة مثلها أزمة اقتصادية طاحنة سببت إعسار كثير من الناس ، أو حرب نشبت ، أو ثورة اندلعت ، أو فيضان استثنائي ، أو آفة زراعية انتشرت ، أو نحو ذلك من الظروف التي تعم جميع الناس ولا تخص المدين وحده .

والظروف الخاصة بالمدين يجب أيضاً أن تراعيها المحكمة [2] في تقديرها لشهر الإعسار أو الامتناع عن شهره . وهذه الظروف الخاصة إما أن ترجع إلى الماضي ،

(1) الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٢٨ – وقد قضي بأن توقف المدين عن دفع أحد ديونه المستحقة قرينة على إعساره ، فيتعين على المدين ، إذا أراد تجنب الحكم بشهر إعساره ، أن يثبت أنه رغم توقفه عن الدفع فإن لديه ما يكفي لسداد ديونه المستحقة (الإسكندرية الكلية الوطنية ٦ أبريل سنة ١٩٥٠ مجلة التشريع والقضاء ٢ رقم ١٢ص ٢١١) . وقضت محكمة النقض – في عهد التقنين المدني السابق حيث لم يكن يوجد نص يقابل المادة ٢٤٩ – بأن الإعسار هو حالة قانونية تستفاد من أن أموال الشخص ليست كافية لوفاء بديونه المستحقة عليه . وهو بهذا المعنى لا يقوم على نفي مطلق يتعذر إثباته ، بل يقوم على أمر واقع له علاماته التي تشهد عليه . على أن المقرر في الإثبات أنه إذا كانت الواقعة المدعاة سلبية وكانت منضبطة النفي ، كان على مدعيها إثبات علامها متى أمكنه تحويلها إلى قضية موجبة ، فإذا لم يكن ذلك ممكنا ، أو كانت الواقعة غير منضبطة النفي ، فإن مدعيها يعتبر عاجزاً عن إثبات دعواه (نقض مدني ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠) .

هذا وإذا كان المدين هو الذي طلب شهر إعسار نفسه – كما سيأتي – فإقراره بالإعسار حجة عليه ، إلا إذا ثبت للقاضي أنه قصد بالإقرار التحايل .

(2) وهذا بخلاف الحكم في نظرية الظروف الطارئة ، حيث تنص المادة ١٤٧ فقرة ٢ على ضرورة أن تطرأ حوادث استثنائية عامة تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين .

كمسئوليته عن الأسباب التي أدت إلى إعساره ، وهل كان حسن النية عاثر الحظ ، أو كان مبذراً متلافاً . وإما أن ترجع الظروف الخاصة إلى الحاضر ، مثل ذلك مصالح دائنيه المشروعة فقد تستوجب شهر إعساره ، ومثل ذلك أيضاً رعونة المدين أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه . وإما أن ترجع الظروف الخاصة إلى المستقبل ، مثل ذلك موارد المدين المستقبلة ، فقد ينتظر لأعماله الرواج بعد فوات أزمة عارضة ، ومثل ذلك أيضاً مقدرته الشخصية فقد يكون طبيباً ماهراً أو مهندساً حاذقاً فيمكن الاعتماد على عمله في المستقبل وتفادي شهر إعساره في الحال [1] .

وغني عن البيان أن المحكمة ، وهي تقدر هذه الظروف العامة والخاصة ، قد تلمس فيها ما يشفع للمدين ، ويقيه شهر الإعسار ، فيقوم ذلك إلى حد كبير مقام الصلح الواقي (concordat préventif) في المعاملات التجارية [2] .

٦٩٨ – المدعي في دعوى الإعسار – أحد – الدائنين : أما المدعى في دعوى شهر الإعسار فيكون غالبا أحد دائني المدين المعسر . وللدائن في ذلك مصالح شتى . فقد يخشى ، بعد أن تيقن من إعسار المدين ، أن يستبد بالمدين اليأس فيبادر إلى تبديد ماله ، أو إخفائه ، أو التصرف فيه للإضرار بحقوق دائنيه [3] . فيسهل على الدائن ، بعد أن يشهر إعسار المدين ، أن يلغي جميع هذه التصرفات . بل إنه ليعرض المدين إلى عقوبة جنائية ، هي عقوبة التبديد ، إذا شهر إعساره وأقدم المدين مع ذلك على إخفاء بعض أمواله ، أو اصطنع ديوناً صورية أو مبالغاً فيها بقصد الإضرار بدائنيه ، أو تعمد الإعسار في دعوى الدين التي رفعها عليه دائنه (م ٢٦٠ مدين) ، كما سيأتي [4] .

(١) الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٥٠ ص ٢١٠ – وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " ... للقاضي سلطة رحبة الحدود ، تتيح له تقدير جميع ظروف المدين ، وأخذه بالشدة أو اصطناع الرفق في معاملته ، وفقاً لأحواله العامة والخاصة . وقد يكون في الأحوال العامة ما ينهض لمصلحة المدين ، كما لو عرضت له عسرة موقوتة في خلال أزمة اقتصادية شاملة . ويراعى من ناحية أخرى أن لأحوال المدين الخاصة النصيب الأوفى في توجيه الحكم على مركزه ، فمن ذلك مثلا كفايته الشخصية (وهي التي يتوقف عليها إلى حد بعيد تقدير ما يرجى له من فرص التوفيق في مستقبله) ، وسنه ، وحرفته ، ومركزه الاجتماعي ، ومصالح دائنيه المشروعة ، ومدى مسئوليته عن إعساره ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالة المادية " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٢ – ص ٦٦٣) .

(٢) الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٤٧ .

(٣) وتقول المادة ٢٧٠ من التقنين المدني العراقي :"إذا خاف غرماؤه ضياع ماله ، أو خافوا أن يخفيه ، أو يجعله باسم غيره " .

(٤) ونرى أنه حتى لو لم يوجد للمدين إلا دائن واحد ، فإن هذا الدائن يستطيع أن يرفع دعوى شهر الإعسار ، وذلك حتى يغل يد المدين من التصرف في أمواله ، مع تعريضه للعقوبة الجنائية . وإذا جاز للدائن الواحد –

وقد يكون الدائن ، بعد أن تيقن من إعسار مدينه ، يخشى أن يبادر دائنون الآخرون إلى أخذ اختصاصات على عقاراته يتقدمون بها في استيفاء حقوقهم ، لا سيما بعد أن أصبح حق الاختصاص في التقنين المدني الجديد لا يؤخذ إلا بناء على حكم واجب التنفيذ (م ١٠٨٥ مدني) ، فيسبقه إلى الحصول على هذا الحكم دائنون آخرون ، ويبقى هو أمداً طويلا قبل أن يحصل على حكم واجب التنفيذ يستطيع بموجبه أن يأخذ حق اختصاص . وفي مثل هذه الظروف يؤثر الدائن أن يبادر إلى شهر إعسار مدينه ، ومادام هو لا يزال أمامه وقت طويل قبل أن يستطيع الحصول على حكم يأخذ حق اختصاص بموجبه ، فلا أقل من أن يمنع الدائنين الآخرين من أن يفعلوا ذلك فيتقدموا عليه دون مبرر .

وقد يكون الدائن حقه مؤجل ، ويتيقن من إعسار مدينه ، فيخشى أن ينتظر حلول الأجل فلا يجد عند المدين مالا يستوفي منه حقه . فيبادر إلى شهر إعسار المدين ، متمسكاً بدين حال ، غير الدين المؤجل ، لا تكفي أموال المدين للوفاء به . فإذا ما شهر إعسار المدين ، سقط الأجل في الدين المؤجل ، وبادر الدائن إلى التنفيذ بحقه ، والحصول على قسط منه ، بدلا من أن يضيعه كله [1] .

٦٩٩ – المدعي في دعوى شهر الإعسار هو المدين نفسه : تقول المادة ٢٥٠ مدني ، كما رأينا ، أن شهر الإعسار يكون بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه . وقد عرضنا للدوافع التي تحدو بالدائن أن يطلب شهر إعسار مدينه ، فبقي أن نتبين الدوافع التي تحدو بالمدين نفسه على أن يطلب شهر إعساره .

قد يرى المدين أن الديون قد أثقلته ، وأن الظروف التي تحيط به تشفع له ، فيعمد إلى طلب شهر إعساره حتى يستطيع الحصول على منحه آجالا للديون الحالة ، وحتى يمد الآجال بالنسبة إلى الديون المؤجلة (م ٢٥٥ فقرة ٢ مدني وسيأتي بيانها) ، فيتمكن بذلك من

= أن يشهر إفلاس مدينه (أنظر الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ١٦٨ ص ٢١٩ – ص ٢٢١) ، مع تعقد إجراءات الإفلاس وخطر نتائجه ، فأولى أن يجوز للدائن الواحد أن يشهر إعسار مدينه ، وله في ذلك مصلحة واضحة .

(١) والدائن ذو الحق المؤجل لا يتمسك ، في شهر إعسار المدين ، بحقه هو لأنه غير حال ، وإنما يتمسك بحق حال ، ولو لدائن آخر ، لا تكفي أموال المدين لوفائه . وقد قضت محكمة شبين الكوم الكلية بأن دعوى شهر إعسار المدين لا تجوز إقامتها إلا عند حلول ميعاد الوفاء بالدين ، ولا يجوز رفعها قبل ذلك طبقاً للمادة ٢٤٩ من القانون المدني الجديد. وتقول المحكمة بحق : " وأما ما تعرضت له المدعية بمذكرتها من أن الأجل يسقط ويصبح الدين مستحق الأداء بالمادة ٢٥٥ و ٢٧٣ ، فمرجعه في التعبير إلى صدور حكم بالإعسار ، ونص المادة ٢٧٣ صريح في ذلك " (شبين الكوم الكلية ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣١ رقم ٣٩٠ ص ١٣٧٥) .

تسوية حالته المالية في هدوء وطمأنينة . ويشبه هذا في الإفلاس التجاري الصلح مع الدائنين (concordat) .

وقد يكون المدين غارقاً في ديونه ، تنهال عليه الحجوز من كل جانب ، وقد حجزت إيراداته فمنع مورد رزقه ، فيعمد إلى طلب شهر إعساره حتى يستطيع الحصول على نفقة (م ٢٥٩ مدني وسيأتي بيانها) يقتات منها إلى أن تتم تصفية أمواله [١] .

وأكثر ما يتحقق طلب المدين شهر إعسار نفسه يكون في دعوى يرفعها عليه أحد دائنيه بالدين ، فيطلب أثناء نظر هذه الدعوى شهر إعسار نفسه [٢] .

٧٠٠ – شهر الإعسار لا تطلبه النيابة العامة ولا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها : وفي الإفلاس التجاري يجوز للنيابة العامة طلب شهر إفلاس المدين التاجر ، ويجوز للمحكمة أن تشهر إفلاس التاجر من تلقاء نفسها . فقد نصت المادة ١٩٦ من التقنين التجاري على أن " الحكم بإشهار الإفلاس يجوز أن يصدر بناء على طلب نفس المدين المفلس أو طلب مدانيه أو الوكيل عن الحضرة الخديوية أو تصدره المحكمة من تلقاء نفسها " . وليس هنا محل الكلام عن الإفلاس التجاري ، وكيف تطلبه النيابة العامة ، أو تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها . والذي يعنينا أن نبينه في هذا الصدد أن الإعسار المدني لا يخضع لهذا النظام ، إذ لا يوجد نص في تنظيم الإعسار يسمح به ، بل إن نص المادة ٢٥٠ مدني يقضي ، كما رأينا ، بأن يكون شهر الإعسار بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه . فلم يذكر النص النيابة العامة ، ولم يبح للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بشهر إعسار المدين غير التاجر ، وذلك لأن الاعتبارات التي تستوجب هذا الحكم في المعاملات التجارية لا وجود لها في المعاملات المدنية [٣] .

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٣) .

(٢) ويجوز للمدين أن يطلب شهر إعسار نفسه بدعوى يرفعها ابتداء أمام المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطنه ، ويكون دائنوه هم الخصوم في هذه الدعوى . وهذا بخلاف شهر المدين التاجر إفلاس نفسه ، فقد ورد فيه نص خاص ، إذ نصت المادة ٥٥٢ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بأن يشهر إفلاس التاجر بناء على طلبه أو طلب أحد الدائنين أو النيابة العامة ويجوز للمحكمة أن تقضي بشهر الإفلاس من تلقاء ذاتها ، وتنص المادة ٥٥٣ من القانون على أنه " يجب على التاجر أن يطلب شهر إفلاسه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ توقفه عن الدفع ويكون الطلب بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة تذكر فيه أسباب التوقف عن الدفع وترفق الوثائق الآتية .... "

(٣) لا سيما – كما يقول الأستاذ محسن شفيق (الإفلاس فقرة ٣٠ ص ٥٥) – أن تخويل المحكمة شهر الإفلاس من تلقاء نفسها خروج على القواعد العامة ، ومحل انتقاد بعض الفقهاء .

المبحث الثاني

إجراءات دعوى الإعسار

٧٠١ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٥٢ من التقنين المدني على ما يأتي:

" مدة المعارضة في الأحكام الصادرة في شأن الإعسار ثمانية أيام ، ومدة استئنافها خمسة عشر يوماً ، تبدأ من تاريخ إعلان تلك الأحكام " .

وتنص المادة ٢٥٣ على ما يأتي :

" ١ – على كاتب المحكمة في اليوم الذي تقيد فيه دعوى الإعسار أن يسجل صحيفتها في سجل خاص يرتب بحسب أسماء المعسرين ، وعليه أن يؤشر في هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر في الدعوى وبكل حكم يصدر بتأييده أو بإلغائه ، وذلك كله يوم صدور الحكم " .

" ٢ – وعلى الكاتب أيضاً أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر صورة من هذه التسجيلات والتأشيرات لإثباتها في سجل عام، ينظم وفقاً لقرار يصدر من وزير العدل".

وتنص المادة ٢٥٤ على ما يأتي :

" يجب على المدين إذا تغير موطنه أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التي يتبعها موطنه السابق . وعلى هذا الكاتب بمجرد علمه بتغيير الموطن ، سواء أخطره المدين أم علم بذلك من أي طريق آخر ، أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شهر الإعسار ومن البيانات المؤشر بها في هامش التسجيل إلى المحكمة التي يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها في سجلاتها [١] " .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٥٢ : ورد هذا النص في المادة ٣٣٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٦٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٩) .

م ٢٥٣ : ورد هذا النص في المادة ٣٣٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " على كاتب المحكمة أن يقيد الأحكام الصادرة بإشهار الإعسار ، يوماً فيوماً ، في سجل عام يرتب بحسب أسماء المعسرين ، وطبقاً لما يقضي به نظام الفهارس .وعليه أن يؤشر في هامش القيد المذكور بكل حكم يصدر بتأييد أو إلغاء حكم سابق " . وفي لجنة المراجعة أضيفت فقرة ثانية إلى النص على الوجه الآتي : " وعليه أيضاً أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر صورة الأحكام لقيدها في سجل عام ينظم وفقاً لقرار يصدر من وزير العدل " ، وأصبح رقم المادة ٢٦٥ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ رؤى –

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٥٣ – ٢٥٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٧١ فقرة ٢ و ٣ (١) .

٧٠٢ – المحكمة المختصة بالحكم بشهر الإعسار : وقد قدمنا أن المادة ٢٥٠ مدني تقضي بأن المحكمة المختصة بشهر الإعسار هي المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين المعسر ، فلا تختص المحاكم الجزئية إذن بنظر دعاوى الإعسار .

٧٠٣ – نظر الدعوى على وجه السرعة – تقصير مواعيد المعارضة والاستئناف: وتقضي المادة ٢٥٠ مدني أيضاً أن تنظر دعوى الإعسار على وجه السرعة. فيبين في صحيفة الدعوى موضوعها وطلبات المدعي فيها وأسانيدها (م ٦٣ مرافعات). وتقدم على غيرها من الدعاوى العادية ، ولا يقبل فيها طلب التأجيل إلا عند الضرورة ،

– وجوب أن يكون تسجيل صحيفة الدعوى وقيد الحكم في محكمة واحدة ، ووجوب البدء بالكلام على تسجيل صحيفة الدعوى طبقاً للترتيب الطبيعي ، وهذا إجراء تستلزمه حماية مصالح الغير . فعدل النص على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢٥٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٠ – ص ٦٧٢) .

م ٢٥٤ : ورد هذا النص في المادة ٣٣٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٦٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٣ – ص ٦٧٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٥٣ – ٢٥٤ : (مطابقتان للمادة ٢٥٣ و٢٥٤ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أن كاتب محكمة موطن المدين المعسر ، في التقنين السوري ، يرسل إلى ديوان وزارة العدل – لا إلى محكمة العاصمة كما في التقنين المصري – صورة التسجيلات والتأشيرات لإثباتها في سجل عام . ولا مقابل في التقنين السوري للمادة ٢٥٢ من التقنين المصري وهي المادة التي تقصر مواعد المعارضة والاستئناف) .

التقنين المدني العراقي م ٢٧١ فقرة ٢ : ويجوز لأي دائن بمقتضى هذا الحكم (حكم الحجر على المدين المعسر) أن يحصل من دائرة الإجراء على قرار بحجز جميع أموال المدين المحجور من عقارات ومنقولات وديون في ذمة الغير ، عدا الأموال التي لا يجوز حجزها . ويبقى الحجز على أموال المدين قائما لمصلحة جميع الدائنين حتى ينتهي الحجر .

فقرة ٣ : ويبقى المدين نفسه حارساً على أمواله المحجوز عليها ، إلا إذا قضت الضرورة بغير ذلك .

(ويبين من نصوص التقنين العراقي أنه لا يكفي الحكم بحجر المدين وشهر هذا الحكم ، بل يجب أيضاً أن تتبع ذلك حجز كل أموال المدين لمصلحة جميع الدائنين . ويقام المدين ، بقدر الإمكان ، حارساً على أمواله، حتى يكون مسئولا عن تبديدها - أنظر الدكتور حسن على الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٠١) .

ولأجل قريب وطبقاً للمادة ٢٥٠ من القانوني المدني يكون شهر الإعسار بحكم تصد
المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين ، بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه
ووفقاً للمادة ٢٥١ على المحكمة في كل حال ، قبل أن تشهر إعسار المدين ، أن تراعي
تقديرها جميع الظروف التي أحاطت به ، سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة ، فتنظ
إلى موارده المستقبلة ومقدرته الشخصية ومسئوليته عن الأسباب التي أدت إلى إعساره
ومصالح دائنيه المشروعة ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المادية .

والحكم الذي يصدر في الدعوى بشهر الإعسار يكون قابلاً للمعارضة إذا صد
غيابياً ، ولكن مواعيد المعارضة تقصر إلى ثمانية أيام من تاريخ إعلان الحكم الغيابي للمدي
(م ٢٥٢ مدني) وهذا الحكم الخاص بجواز الطعن بالمعارضة في الحكم الذي يصدر بشه
الإعسار يعتبر استثناء من القاعدة العامة في تقنين المرافعات من أن المعارضة لا تجوز ف
الأحكام بصفة عامة .

ويكون الحكم الصادر في دعوى شهر الإعسار ، سواء صدر بشهر الإعسار أ
بالرفض ، قابلاً للاستئناف . فلو أن الدائن رفع الدعوى على المدين يطلب شهر إعساره
وصدر الحكم ابتدائياً بشهر الإعسار ، جاز لمدين المحكوم عليه بشهر إعساره أن يستأنف
الحكم أمام محكمة الاستئناف التي تستأنف أمامها أحكام المحكمة الابتدائية التي أصدرت
الحكم الابتدائي .

وكذلك إذا صدر الحكم الابتدائي برفض شهر الإعسار ، جاز للدائن استئنافه
وميعاد الاستئناف ، كما تقضي بذلك المادة ٢٥٢ مدني ، هو خمسة عشر يوماً تبدأ من
تاريخ إعلان الحكم . والحكم الوارد بالمادة المذكورة فيما يتعلق بميعاد استئناف الحك
الصادر في دعوى شهر الإعسار وبدء سريان هذا الميعاد لا يتفق مع الأحكام العام
المنصوص عليها في تقنين المرافعات والواردة بالمادتين ٢١٣ و ٢٢٧ مرافعات .

٧٠٤ – الحكم الصادر بشهر الإعسار منشئ لا كاشف وهو حجة على الكافة : والحكم الصادر بشهر الإعسار هو حكم منشئ لحالة قانونية جديدة ، فقد
نقل المدين إلى حالة إعسار يرتب عليها القانون نتائج هامة . ولا يقال أن الحكم إنما كشف
عن حالة المدين المعسر ، فقد قدمنا أن الإعسار هو حالة قانونية يشترط في قيامها أوضاع
خاصة ، وهذه الأوضاع تنشئ الحالة القانونية (١) .

---

(١) أنظر عكس ذلك الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٢٩ – وأنظر في أن الحكم كاشف لا منشئ في
الحالة الحاضرة للقانون المدني الفرنسي حيث لم ينظم الإعسار و لم يجعل شهره موكولا إلى حكم : بلانيول
وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٣ .

ولما كان الحكم ينشئ حالة قانونية جديدة ، فهو حجة على الكافة . والمدين الذي شهر الحكم إعساره يعتبر معسراً ، لا بالنسبة إلى الدائن الذي رفع دعوى شهر الإعسار وحده ، بل أيضاً بالنسبة إلى سائر الدائنين ، وكذلك بالنسبة إلى الغير ممن قد يتصرف له المدين فلا ينفذ تصرفه . ذلك أن حالة الإعسار لا تتجزأ ، ولا يصح أن يعتبر المدين معسراً بالنسبة إلى بعض ، وموسراً بالنسبة إلى الآخرين . ويترتب على أن الحكم بشهر الإعسار حجة على الكافة أمران : (١) يجوز لكل ذي مصلحة – كدائن لم يدخل في الدعوى أو شخص تصرف له المدين المعسر – أن يطعن في الحكم بشهر الإعسار عن طريق التماس إعادة النظر ، إذا أثبت أن دعوى شهر الإعسار إنما رفعت غشاً بالتواطؤ بين طرفي الدعوى أو أن المدين قد أهمل إهمالاً جسيماً في الدفاع عن نفسه ونجم عن هذا الإهمال أن حكم بشهر إعساره . (٢) مادام الحكم حجة على الكافة ، فقد كفل له القانون وسائل للعلانية حتى يتمكن ذوو الشأن ومن لهم مصلحة أن يعلموا به . وهذا ما ننتقل الآن إليه .

٧٠٥ – العلانية التي نظمها القانون للحكم الصادر بشهر الإعسار:

الإعسار: كفل القانون العلانية للحكم الصادر بشهر الإعسار عن طريقين : (١) طريق قلم كتاب المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم بشهر الإعسار ، وهذه هي الجهة المحلية للإعلان عن الحكم . (٢) طريق قلم كتاب محكمة مصر الابتدائية ، وهذه هي الجهة المركزية الرئيسية للإعلان عن الحكم .

أما عن الجهة المحلية ، فقد قضت المادة ٢٥٣ مدني ، كما رأينا ، بأن كاتب المحكمة الابتدائية التي رفعت أمامها دعوى شهر الإعسار ينظم سجلاً خاصاً مرتباً بحسب أسماء المعسرين حتى يتيسر البحث فيه . وعليه ، بعد أن تقيد دعوى الإعسار ، أن يسجل صحيفة الدعوى في هذا السجل الخاص ، تحت اسم المدين المطلوب شهر إعساره . ومتى صدر الحكم في الدعوى ، أشر يوم صدوره ، في هامش التسجيل المذكور ، بالحكم الصادر . وإذا طعن في الحكم بالمعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر ، أشر ، في هامش التسجيل أيضاً ، فالحكم الصادر في الطعن المذكور بالتأييد أو بالإلغاء ، ويكون ذلك يوم صدور الحكم . وبذلك تجتمع في هذا السجل الخاص ، تحت اسم كل مدين رفعت عليه دعوى شهر الإعسار ، صورة كاملة عن تاريخ رفع الدعوى وصحيفتها وعما صدر من الأحكام فيها . فيستطيع كل ذي شأن أن يعرف ، من واقع هذا السجل الخاص ، حالة المدين وعما إذا كانت دعوى الإعسار قد رفعت عليه وبماذا حكم في هذه الدعوى ، فيتبين الحالة على حقيقتها . ولما كان هذا السجل الخاص موجوداً في المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين ، وكان هناك احتمال في أن يغير المدين موطنه ، فلا بد من إرسال هذه

البيانات إلى المحكمة التي بها موطن المدين الجديد لنقلها في سجلها الخاص ، لأن من يريد بحث حالة المدين إنما يبحثها في قلم كتاب المحكمة التي يوجد بها موطنه الأخير وهو الموطن الظاهر أمامه . ومن ثم قضت المادة ٢٥٤ مدني بأن المدين الذي شهر إعساره ، إذا غير موطنه ، ووجب عليه أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التي يتبعها موطنه السابق وهي المحكمة التي قيد في سجلها الخاص حكم شهر الإعسار . وسواء علم هذا الكاتب بالموطن الجديد من المدين نفسه أو من شخص آخر كدائن أو أي ذي مصلحة ، فإنه يجب عليه أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شهر الإعسار ومن البيانات المؤشر بها في هامش التسجيل إلى المحكمة التي يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها في سجلها الخاص . وبذلك يستطاع البحث عن حالة المدين في قلم كتاب المحكمة التي يتبعها موطنه الأخير ، حتى لو غير موطنه أكثر من مرة [1] .

وننتقل الآن إلى الجهة المركزية . فقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٥٣ نصت على ما يأتي : " وعلى الكاتب أيضاً أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر صورة من هذه التسجيلات والتأشيرات لإثباتها في سجل عام ينظم وفقاً لقرار يصدر من وزير العدل " . والغرض من ذلك أن تكون هناك جهة مركزية ينظم فيها سجل عام تنقل فيه صورة من التسجيلات والتأشيرات التي قيدت في السجلات الخاصة لجميع المحاكم الابتدائية في البلاد .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٣ – ص ٦٧٤.
وغني عن البيان أنه لا يزال هناك احتمال ألا يخبر المدين كتب المحكمة بتغيير موطنه وألا يعلم الكاتب من طريق آخر بهذا التغيير ، فلا يستطاع الاهتداء على حالة المدين في موطنه الجديد . ومن ذلك كان المشروع التمهيدي (م ٣٤٨ منه) ينص على عقوبة المدين الذي شهر إعساره بعقوبة التبديد في حالة ما إذا غير بطريق الغش موطنه دون أن يوجه الإخطار اللازم إلى كاتب المحكمة ، وترتب على التغيير ضرر لدائنيه . ولكن لجنة المراجعة رأت عدم التوسع في العقوبات ، فحذفت هذه العقوبة . وسنرى أن المادة ٢٥٧ مدني تقضي بأنه متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار فلا يسرى في حق الدائنين أي تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسرى في حقهم أي وفاء يقوم به المدين . وكان المشروع التمهيدي لهذه المادة (م ٣٤٤ من المشروع) يضيف في آخر النص العبارة الآتية : " كل ذلك دون إخلال بحقوق الغير الذين لم يكن في استطاعتهم أن يعلموا بحالة الإعسار " . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذه العبارة ما يأتي : "ولا يرد على هذه القاعدة إلا استثناء واحد ، يعرض في النادر ، حيث يمتنع على الغير العلم بإعسار المدين من جراء عدم تسجيل حكم شهر الإعسار في قلم كتاب المحكمة، بسبب تغيير المدين لمحله غشاً" . ولكن العبارة حذفت في لجنة المراجعة ، وبذلك لم يعد لتغيير المدين محل موطنه غشاً جزاء خاص ، جنائي أو مدني ، وترك الأمر إلى القواعد العامة ، فيكون المدين الذي غير موطنه غشاً هو المسئول أمام من تصرف له ، مع اعتبار التصرف غير سار في حق الدائنين . أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٨٠ – ص ٦٨٢ .

وبذلك تتوحد جهة مركزية يستطيع الباحث إذا رجع إليها أن يعلم بحالة المدين في أي موطن كان [1] .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على حالة الإعسار

٧٠٦ – نوعان من الآثار : يترتب على شهر إعسار المدين نوعان من الآثار : (١) آثار بالنسبة إلى المدين (٢) وآثار بالنسبة إلى الدائنين .

المبحث الأول

بالنسبة إلى المدين

٧٠٧ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٥٧ من التقنين المدني على ما يأتي:

" متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار ، فلا يسرى في حق الدائنين أي تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسرى في حقهم أي وفاء يقوم به المدين " .

وتنص المادة ٢٥٨ على ما يأتي :

" ١ – يجوز للمدين أن يتصرف في ماله ولو بغير رضاء الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل وأن يقوم المشترى بإيداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع " .

" ٢ – وإذا كان الثمن الذي بيع به المال أقل من ثمن المثل ، كان التصرف غير سار في حق الدائنين ، إلا إذا أودع المشترى فوق الثمن الذي اشترى به ما نقص من ثمن المثل " .

(١) ولا يزال هذا السجل العام لم يتم تنظيمه حتى الآن ، ولم يصدر قرار من وزير العدل بذلك – هذا ولا توجد وسائل إعلان لحكم شهر الإعسار غير ما قدمناه ، ولم يوجب القانون اللصق أو الإعلان في الصحف ، وهي إجراءات إن جازت في المعاملات التجارية لما للإعلان عن الحكم من أهمية في هذه المعاملات ، فهي لا ضرورة لها في التعامل المدني . على أن الإعلان عن حكم الإعسار – ولو عن طريق تنظيم سجلات لذلك في أقلام كتاب المحاكم – ضروري لتحديد مركز المدين من دائنيه ومركز الدائنين بعضهم من بعض ، لا سيما بالنسبة إلى الإجراءات الفردية التي قد يتخذها بعض الدائنين .

وتنص المادة ٢٥٩ على ما يأتي :

" إذا أوقع الدائنون الحجز على إيرادات المدين ، كان لرئيس المحكمة المختصة بشهر الإعسار أن يقرر للمدين ، بناء على عريضة يقدمها ، نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة . ويجوز التظلم من الأمر الذي يصدر على هذه العريضة في مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره إن كان التظلم من المدين ، ومن تاريخ إعلان الأمر للدائنين إن كان التظلم منهم " .

وتنص المادة ٢٦٠ على ما يأتي :

" يعاقب المدين بعقوبة التبديد في الحالتين الآتيتين :

" (أ) إذا رفعت عليه دعوى بدين فتعمد الإعسار بقصد الإضرار بدائنيه ، وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وشهر إعساره " .

" (ب) إذا كان بعد الحكم بشهر إعساره ، أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها ، أو اصطنع ديوناً صورية أو مبالغاً فيها ، وذلك كله بقصد الإضرار بدائنيه " [1] .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٥٧ : ورد هذا النص في المادتين ٣٤٤ و ٣٤٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : "م ٣٤٤ – متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار ، فلا يسرى في حق الدائنين أي تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسرى في حقهم أي وفاء يقوم به المدين ، كل ذلك دون إخلال بحقوق الغير الذين لم يكن في استطاعتهم أن يعلموا بحالة الإعسار" . م ٣٤٥ : " ١ – غير أنه يجوز للمدين ، بموافقة أغلبية من الدائنين تمثل ثلاثة أرباع الديون ، أن يبيع كل ما له أو بعضه ، على أن يخصص الثمن لوفاء ديونه . ٢ – فإذا لم يتفق الجميع على طريقة توزيع هذا الثمن ، تعين إيداعه خزينة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع " – وفي لجنة المراجعة حذفت المادة ٣٤٥ ، وحذف من المادة ٣٤٤ العبارة الأخيرة وهي : " كل ذلك دون إخلال بحقوق الغير الذين لم يكن في استطاعتهم أن يعلموا بحالة الإعسار " ، مادام هناك جهة مركزية موحدة لشهر أحكام الإعسار . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقمه ٢٦٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٠ و ص ٦٨٢) .

م ٢٥٨ : ورد هذا النص في المادة ٣٤٦ من المشروع النهائي على الوجه الآتي : " ويجوز أيضاً للمدين أن يتصرف في ماله ولو بغير رضاء الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل وأن يقوم المشترى بإيداع الثمن خزينة المحكمة ليستوفي الدائنون منه حقوقهم " . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً وأضيفت إليه فقرة ثانية ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وصار رقمه ٢٧٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٣ – ص ٦٨٤) .

م ٢٥٩ : ورد هذا النص في المادة ٣٤٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق تقريباً لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٧١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس =

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٢٥٧ — ٢٦٠ ، وفي التقنين المدني العراقي المواد ٢٧٢ و ٢٧٤ و ٢٧٦ و ٢٧٧ [1] .

— النواب بعد تحويرات لفظية جعلته مطابقاً كل المطابقة . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٥ — ص ٦٨٧) .

م ٢٦٠ : ورد هذا النص في المادة ٣٤٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " يعاقب المدين الذي أشهر إعساره بعقوبة التبديد في الحالات الآتية : (أ) إذا رفعت عليه دعوى بدين ، فتعمد الإعسار غشاً وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين . (ب) إذا كان بطريق الغش ، وبعد الحكم بإشهار إعساره ، قد آثر دائناً على آخر ، أو أخفى بعض أمواله ليحول بين الدائنين والتنفيذ عليها ، أو ادعى لنفسه ديوناً صورية أو ديوناً مبالغاً فيها . (ج) إذا غير بطريق الغش موطنه ، وترتب على هذا التغيير ضرر لدائنيه . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة (د) ولعدم التوسع في العقوبات ، وأصبحت المادة رقم ٢٧٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ أدخلت تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبحت المادة رقمها ٢٦٠ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٨ — ص ٦٩٠) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٥٧ — ٢٦٠ : (مطابقة لنصوص التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٧٢ : ينفق على المدين المحجور وعلى من تلزمه نفقته في مدة الحجر من ماله. فإذا أوقع الدائنون الحجز على إيراداته ، كان لرئيس المحكمة المختصة بالحجر أن يقرر للمحجور ، بناء على عريضة يقدمها ، نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة .

م ٢٧٤ : إذا أقر المدين المحجور بدين فلا يعتبر إقراره . وإذا دفع من ماله ديناً في ذمته لأحد غرمائه ، فلسائر غرمائه استرداد المبلغ الذي دفعه .

م ٢٧٦ : يجوز للمدين المحجور ، بموافقة أغلبية من الدائنين تمثل ثلاثة أرباع الديون ، أن يبيع كل ما له أو بعضه ، على أن يخصص الثمن لوفاء ديونه . فإذا لم يتفق الجميع على طريقة توزيع هذا الثمن ، تعين إيداعه صندوق المحكمة حتى يوزع وفقاً للإجراءات المقررة .

م ٢٧٧ : يجوز للمدين ، بإذن من المحكمة ، أن يتصرف في ماله ولو بغير رضاء الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل وأن يقوم المشترى بإيداع الثمن صندوق المحكمة ليستوفي الدائنون منه حقوقهم .

(وأحكام هذه النصوص تتفق في مجموعها مع أحكام نصوص التقنين المصري ، مع فروق أهمها : (١) نص التقنين العراقي على عدم نفاذ إقرار المدين المعسر ، ولم يذكر التصرفات الأخرى . ولكن المفهوم أن تصرفات المدين المعسر ، في التقنين العراقي ، لا تسرى في حق الدائنين . كذلك يمكن القول في التقنين المصري بعدم نفاذ إقرار المدين المعسر . (٢) نص التقنين العراقي على جواز أن يصفي المدين المعسر أمواله كلها أو بعضها بموافقة أغلبية من الدائنين . وقد كان هذا النص موجوداً في المشروع التمهيدي للتقنين المصري ، ولكن حذفته لجنة المراجعة . (٣) اشترط التقنين العراقي إذن المحكمة لتصرف المدين المعسر في المال بثمن المثل ، وهذا الشرط لم يرد في التقنين المصري . (٤) لم يرد في التقنين العراقي ذكر لعقوبات جنائية توقع على المدين المعسر إذا صدرت منه أعمال معينة ، كما ورد ذلك في التقنين المصري . ويقول —

وهذه النصوص تكفل حماية الدائنين من تصرفات المدين عن طريقين : (١) مع نفاذ هذه التصرفات في حقهم (٢) تعريض المدين لعقوبات جنائية إذا صدرت منه أعمال معينة . ثم هي في الوقت ذاته ترعى جانب الرأفة بالمدين ، فتجيز أن تقدر له نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة .

٧٠٨ — عدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائنيه : هنا نجد ميزة من أهم مزايا شهر إعسار المدين . فقد كان الدائنون قبل شهر إعسار مدينهم موكولين إلى الدعوى البولصية ، لا يستطيعون أن يجعلوا تصرفات المدين غير سارية في حقهم إلا بعد أن يثبتوا أن المدين المعسر قد تصرف غشاً للإضرار بحقوقهم وأن المتصرف له كان أيضاً سيئ النية، إذا كان التصرف معاوضة . أما بعد شهر إعسار المدين ، فكل تصرف يصدر منه من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى ، ويكون من شأنه أن ينقص من حقوقه كالبيع والهبة ، أو يزيد في التزاماته كالقرض ، وأي وفاء يقوم به ولو لدين حال [1] ، يكون غير سار في حق الدائنين ، وذلك دون حاجة إلى إثبات إعسار المدين فهو ثابت بشهر الإعسار ، ودون حاجة إلى إثبات سوء نية المدين أو سوء نية المتصرف له ولو كان التصرف معاوضة [2] . وهذه الوقاية تفضل العلاج الذي تقدمه الدعوى البولصية [3] . وغني عن البيان أن أي تصرف يرمى به

= الأستاذ حسن علي الذنون (أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي ص ١٠٢) أن في نصوص قانون العقوبات البغدادي ما أغنى عن وضع نص مماثل للمادة ٢٦٠ من التقنين المدني المصري ، إذ تنص المادة ٢٧٣ من قانون العقوبات على أن " كل من عهد إليه منقول ملك للغير بأية كيفية كانت ، أو سلمه لأي غرض كان ، فاستلمه لنفسه أو لفائدته أو لمنفعة أو لفائدة شخص آخر ... يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنين والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين " . وتنص المادة ٢٧٤ وهي المادة المقصودة — على ما يأتي: " وتنطبق هذه العقوبات أيضاً على مالك الأشياء المحجورة عليها إدارياً أو قضائياً الذي عهدت إليه هذه الأشياء بصفته حارساً عليها ... إلخ " . ويلاحظ أن التقنين المصري حدد أعمالاً أخرى يعاقب عليها ، غير تبديد الحارس للأموال التي في حراسته ، وذلك كتعمد الإعسار واصطناع الديون (أنظر في شرح نصوص التقنين المدني العراقي الأستاذ حسن علي الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٠٤ وفقرة ١٠٦ وفقرة ١٠٨) .

(١) كذلك لا تقع المقاصة إذا لم تتحقق شروطها إلا بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فإن الدائنين منذ تسجيل هذه الصحيفة قد كسبوا حقاً في أموال مدينهم . وتنص الفقرة الأولى من المادة ٣٦٧ مدني على أنه " لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير " — والتاريخ العرفي لتصرف المدين حجة على الدائن ، إلى أن يثبت الدائن أن هذا التاريخ قد قدم ، وأنه في الحقيقة لا حق لتسجيل صحيفة دعوى الإعسار فلا يسري التصرف في حقه .

(٢) ولكن الامتناع عن زيادة الحقوق أو إنقاص الالتزامات يصح ، كما هي الحال في الدعوى البولصية .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨١ .

المدين إلى تفضيل دائن على آخر ، بالوفاء له قبل حلول دينه أو بعد حلول الدين أو بإعطائه ضماناً لدينه ، يكون غير سار في حق الدائنين الآخرين [1] .

وعدم نفاذ التصرف في حق الدائنين لا يمنع من أن يبقى التصرف قائماً فيما بين المدين والمتصرف له . فلو نفذ الدائنون على العين المتصرف فيها ، كان للمتصرف له الرجوع بالضمان على المدين . ولو ترك الدائنون العين دون أن ينفذوا عليها ، بقيت في ملك المتصرف له ، لأن التصرف لا يزال قائماً . وإذا انتهت حالة الإعسار بسبب من أسباب انتهائه ، بقي التصرف غير نافذ في حق الدائنين ، ولكنه يبقى أيضاً قائماً ما بين المدين والمتصرف له [2] .

ولا يوجد في قاعدة عدم نفاذ تصرفات المدين المعسر إلا استثناء واحد نصت عليه المادة ٢٥٨ مدني . فإن هذه المادة تقضي بجواز أن يبيع المدين ما له ، ولو بغير رضاء دائنيه ، بشرطين : (١) أن يكون البيع بثمن المثل ، فإن نقص عن ثمن المثل فإن التصرف لا يكون سارياً في حق الدائنين إلا إذا أكمل المشترى الثمن إلى ما يعادل ثمن المثل [3] . (٢) أن يودع المشترى الثمن كله ، بما في ذلك تكملته إلى ثمن المثل ، في خزانة المحكمة على ذمة الدائنين ، فيوزع بينهم وفقاً لإجراءات التوزيع [4] . وهذا الاستثناء لا ضرر فيه على الدائنين ، فقد

---

(١) ولا يستطيع المتصرف له أن يشكو من هذه الحالة ، فقد كان يستطيع أن يتبين حالة المدين قبل أن يصدر منه التصرف ، فيعلم من الاطلاع على السجل الخاص ، أو السجل العام في محكمة مصر الابتدائية ، أن المدين في حالة إعسار وأن تصرفاته لا تنفذ في حق دائنيه . يبقى احتمال أن يكون المدين قد غير موطنه دون أن يخطر كاتب المحكمة ، فلم يستطع الغير الذي تعامل معه أن يعلم بشهر إعساره من سجل المحكمة التي يتبعها موطنه الجديد ، ولم يكلف نفسه عناء البحث في السجل العام في محكمة مصر . هنا كان المشروع التمهيدي، كما قدمنا ، يحفظ حقوق الغير ، ولكن حذف هذا الحكم في لجنة المراجعة ، فأصبح التصرف حتى في هذه الحالة لا ينفذ في حق الدائنين ، ولا يكون للغير إلا الرجوع على المدين المعسر بالضمان ، وهذا رجوع ليس له قيمة كبيرة لإعسار المدين (أنظر آنفاً فقرة ٧٠٥ في الهامش) . وقد يقال في تبرير هذا الحكم أن الغير قد أهمل ، فقد كانت عنده وسيلة لمعرفة إعسار المدين وهي الرجوع إلى السجل العام في محكمة مصر الابتدائية .

(٢) وقد يكون تصرف المدين المعسر قرضاً أو أي تصرف آخر يجعله مديناً للمتصرف له ، فلا يسرى هذا التصرف أيضاً في حق الدائنين .ويترتب على ذلك أن الدائنين السابقين على الإعسار يتقدمون على الدائنين التالين للإعسار ، ويستوفى الأولون حقوقهم من أموال المدين قبل الآخرين .

(٣) وعند الخلاف في تقدير ثمن المثل يرجع إلى رأي الخبراء (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٣) .

(٤) ونظير هذا الاستثناء ما نصت عليه المادة ٢٤١ مدني في الدعوى البولصية من أنه " إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل ، وقام بإيداعه خزانة المحكمة (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٥٢ ص ٢١٤) .

بيع مال المدين بثمن مثله ووزع الثمن على الدائنين . وفيه خير للمدين ، فقد ترك يصفي ماله بنفسه ، ولم يبخس فيه كما كان يحتمل أن يبخس لو بيع المال في المزاد العلني ، ووفر على نفسه وعلى دائنيه نفقات البيع الجبري [1] .

٧٠٩ – حالتان يعاقب فيهما المدين المعسر بعقوبة التبديد : ومن

مميزات شهر إعسار المدين أن المدين يصبح بعد شهر إعساره عرضة للعقوبة الجنائية إذا ارتكب أعمالا معينة [2] . فقد نصت المادة ٢٦٠ مدني على حالتين يعاقب فيهما المدين المعسر بعقوبة التبديد :

(الحالة الأولى) إذا رفع دائن عليه دعوى بالدين قبل أن يشهر إعساره ، ثم حكم عليه بالدين . فتعمد ، قبل الحكم بالدين أو بعده ، أن يعسر بقصد الإضرار بدائنيه ، بأن بدد ماله أو أخفاه أو اصطنع ديوناً صورية أو نحو ذلك من التصرفات التي تؤدى إلى إعساره ، وذلك تهربا من تنفيذ الحكم الذي صدر أو سيصدر . فلهذه الجريمة إذن ركنان : (١) ركن مادي هو الحكم بالمديونية وحكم بشهر الإعسار مقترن بالحكم بالمديونية أو لاحق له . (٢) وركن معنوي هو تعمد الإعسار إضراراً بالدائنين وتهرباً من تنفيذ الحكم بالمديونية . ومن القرائن على هذا التعمد أن يكون إعسار المدين قد حدث أثناء نظر دعوى المديونية أو عقب صدور الحكم بالمديونية . وإعسار المدين على هذا النحو شبيه بالإفلاس مع التدليس ، ويعاقب مثله عقوبة جنائية .

(الحالة الثانية) إذا حكم على المدين المعسر بشهر الإعسار ، فعمد إلى الإضرار بدائنيه عن طريق أحد الأعمال الآتية : (١) إخفاء بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها، ويكون ذلك على الأخص في المنقولات فإنه يسهل إخفاؤها . ولا يعتبر إخفاء للمال مجرد التصرف فيه ، فقد رأينا أن التصرف لا يضر الدائنين إذ هو غير نافذ في حقهم . (٢) اصطناع ديون صورية حتى يزيد مقدار ديونه فيضر دائنيه بإنقاص النصيب الذي يحصل عليه كل منهم عند التنفيذ . وتكون هذه الديون الصورية سابقة على الإعسار ، وإلا لم تكن نافذة في حق

---

(١) وكان المشروع التمهيدي يتضمن استثناء آخر ورد في المادة ٣٤٥ من هذا المشروع ، يجيز للمدين بموافقة أغلبية من الدائنين تمثل ثلاثة أرباع الديون أن يبيع كل ماله أو بعضه ، على أن يخصص الثمن لوفاء ديونه وقد كان هذا ضرباً من التصفية يشبه التصفية في الإفلاس التجاري . ولكن هذا الاستثناء حذف في لجنة المراجعة (أنظر آنفاً فقرة ٧٠٧ في الهامش) .

(٢) وهذا شبيه بالإفلاس بتدليس أو بتقصير ، حيث يكون التاجر المفلس عرضة للعقوبة الجنائية. ولكن الإعسار بخلاف الإفلاس ، لا يترتب عليه سقوط بعض الحقوق السياسية عن المعسر كحقه في الانتخاب أو الترشيح للمجالس النيابية .

الدائنين فلا تضر بهم [1] (٣) اصطناع ديون مبالغ فيها ، وهنا الديون تكون جدية لا صورية ولكن يبالغ في مقدارها . مثل ذلك أن يعمد المدين إلى تغيير سندات بالدين عليه سابقة على الإعسار ، فيضاعف قيمتها حتى ينقص من نصيب الدائنين الآخرين [2] . وظاهر أن هذه الأعمال الثلاثة – إخفاء المال واصطناع الديون الصورية واصطناع الديون المبالغ فيها – هي الأعمال التي يخشى أن تصدر من المدين المعسر ، وهي أشد الأعمال إضراراً بدائنيه . ولذلك جعل المشرع الجزاء عليها عقوبة جنائية تتناسب مع طبيعتها ، فالمدين الذي يأتي عملا من هذه الأعمال إنما يبدد الأموال التي تعلقت بها حقوق الدائنين . والجريمة هنا ، كالجريمة في الحالة الأولى ، لها ركنان : ركن مادي هو صدور حكم بشهر الإعسار يتلوه عمل من هذه الأعمال الثلاثة التي سبق ذكرها ، وركن معنوي هو قصد الإضرار بالدائنين وهذا القصد يفترض وجوده وما صدر من عمل من المدين المعسر يقوم قرينة على ذلك . وهنا أيضاً يكون المدين المعسر كالتاجر المفلس بالتدليس ويعاقب مثله عقوبة جنائية [3] .

٧١٠ – تقدير نفقه للمدين المعسر : وهنا تظهر إحدى فوائد شهر الإعسار للمدين المعسر نفسه . فهو ، إذا لم يكن قد شهر إعساره ، جاز لدائنيه أن يحجزوا على جميع أمواله، فيما عدا الأموال التي لا يجوز الحجز عليها وقد سبق بيانها . أما إذا شهر إعسار المدين ، فبالإضافة إلى الأموال التي لا يجوز الحجز عيها وتبقى غير قابلة للحجز بعد شهر الإعسار ، يستطيع المدين ، إذا كان الدائنون قد أوقعوا الحجز على إيراداته فبقي دون مورد يعيش منه ، أن يقدم عريضة لرئيس المحكمة المختصة بشهر الإعسار – أي المحكمة التي بها موطنه – يطلب فيها أن يقرر له نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة (م ٢٥٩ مدني) . فإذا قدر له رئيس المحكمة النفقة المطلوبة ، بأمر على العريضة التي قدمها ، جاز له أن يتظلم من هذا التقدير ، إذا رآه غير كاف ، إلى المحكمة في مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره ،

---

(١) ونرى أن الدائن الصوري إذا كان متواطئاً مع المدين ، بأن كان عالماً بشهر إعساره وأنه إنما أراد الإضرار بدائنيه ، يعتبر شريكاً للمدين في الجريمة ، ويعاقب مثله بعقوبة التبديد .

(٢) ونرى أيضاً في هذه الحالة أنه إذا كان الدائن الذي بالغ في قيمة دينه متواطئاً مع المدين للمعسر على النحو الذي قدمناه في الصورية ، فإنه يعتبر شريكاً له ، ويعاقب مثله عقوبة التبديد . وغني عن البيان أن الدائنين هم المكلفون بإثبات كل من الصورية والمبالغة في مقدار الديون ، ويستطيعون الإثبات بجميع الطرق لما يلابس العمل من غش .

(٣) وقد قدمنا أن المشروع التمهيدي كان يتضمن حالة ثالثة يعاقب فيها المدين المعسر بعقوبة التبديد ، هي حالة ما إذا غير موطنه ولم يخطر كاتب المحكمة بالتغيير غشاً ، ولكن لجنة المراجعة حذفت هذه الحالة حتى لا تتوسع في توقيع العقوبات الجنائية (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٨ – ص ٦٨٩ – وأنظر آنفاً فقرة ٧٠٧ في الهامش) .

وجاز أيضاً للدائنين أن يتظلموا من التقدير ، إذا رأوه مبالغاً فيه، إلى المحكمة في مدة ثلاثة أيام من تاريخ إعلانهم بأمر التقدير (م ٢٥٩ مدني). ويجوز التظلم من كلا الطرفين إلى الآمر نفسه – رئيس المحكمة – أولا ، ويحكم الرئيس في التظلم على وجه السرعة بتأييد الأمر أو تعديله أو بإلغائه ، ويكون حكمه قابلا لطرق الطعن المقررة للأحكام (م ١٩٩ مرافعات) [1] .

ويبقى المدين المعسر يتقاضى النفقة المقدرة إلى أن تنتهي تصفية أمواله ، ولا يبقى الدائنون منها إلا الأموال التي لا يجوز الحجز عليها كما سبق القول . وغني عن البيان أن تقرير النفقة لا يمنع من بيع المال الذي يتقاضى المدين النفقة من ريعه .

المبحث الثاني

بالنسبة إلى الدائنين

٧١١ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٥٥ من التقنين المدني على ما يأتي:

" ١ – يترتب عل الحكم بشهر الإعسار أن يحل كل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة .ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل " .

" ٢ – ومع ذلك يجوز للقاضي أن يحكم ، بناء على طلب المدين وفي مواجهة ذوي الشأن من دائنيه ، بإبقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة، كما يجوز له أن يمنح المدين أجلا بالنسبة إلى الديون الحالة ، إذا رأي أن هذا الإجراء تبرره الظروف ، وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً " .

وتنص المادة ٢٥٦ على ما يأتي :

" ١ – لا يحول شهر الإعسار دون اتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد المدين " .

" ٢ – على أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذي يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأي اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل " [2] .

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٥ – ص ٦٨٦.

(٢) <u>تاريخ النصوص :</u>

<u>م ٢٥٥ :</u> ورد هذا النص في المادة ٣٤٠ و ٣٤١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة ، وأصبح رقمها ٢٦٧ في المشروع –

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢٥٥ — ٢٥٦ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٧٣ و ٢٧٥ [1] .

وهذه النصوص تكمل حماية الدائنين بعضهم من بعض وتحقق لهم المساواة جميعاً ، مع إبقاء المدين قائماً على ماله دون أن ترفع عنه يده بخلاف التاجر المفلس . ويتحقق ذلك بالطرق الآتية : (١) تكون الإجراءات التي يتخذها الدائنون للتنفيذ على المدين المعسر إجراءات فردية ، لا إجراءات جماعية . (٢) تسقط آجال الديون المؤجلة كمبدأ عام ، تحقيقاً للمساواة بين الدائنين ، ولكن قد تبقى هذه الآجال ، وقد تمد ، بل وقد تمنح آجال للديون الحالة . (٣) لا تنفذ حقوق الاختصاص التي قد يأخذها بعض الدائنين في حق الدائنين الآخرين ، وذلك تحقيقاً للمساواة ، هنا أيضاً ، بين الدائنين .

ونستعرض كلا من هذه المسائل الثلاث .

٧١٢ — إجراءات فردية لا إجراءات جماعية : تقضى الفقرة الثانية من المادة ٢٥٦ بأنه "لا يحول شهر الإعسار دون اتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد المدين". وهنا يتجلى المقوم الأساسي للإعسار المدني ، فهو ليس كالإفلاس التجاري يؤدى إلى

= النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٥ — ص ٦٧٧) .

م ٢٥٦ : ورد هذا النص في المادة ٣٤٢ و ٣٤٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأدمجتا في لجنة المراجعة في مادة واحدة تحت رقم ٢٦٨ من المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ قال أحد الأعضاء إن استبقاء الإجراءات الفردية للدائنين بعد شهر الإعسار يفقد نظام الإعسار قيمته ، ولكن اللجنة آثرت استبقاء نظام الإعسار على هذا الوجه من الإجراءات الفردية ، وفضلت ذلك على الإجراءات الجماعية المتبعة في الإفلاس التجاري. ووافقت اللجنة على النص كما هو تحت رقم ٢٥٦ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٨ — ص ٦٨٠) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٥٥ — ٢٥٦ : (مطابقتان للمادتين ٢٥٥ و ٢٥٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٧٣ : (موافقة للمادة ٢٥٥ من التقنين المدني المصري) .

م ٢٧٥ : يجوز لكل دائن ، بعد الحكم بالحجر ، أن يتخذ باسمه خاصة ما يلزم من الإجراءات لاستخلاص حقه ، مع عدم الإخلال بما لسائر الدائنين من مصلحة تعلقت بالحجز على أموال المدين . (وحكم هذا النص موافق لحكم الفقرة الأولى من المادة ٢٥٦ من التقنين المدني المصري . و لم يعرض التقنين العراقي لعدم نفاذ حقوق الاختصاص لأنه لا يعرف هذه الحقوق — أنظر الدكتور حسن على الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٠٥ وفقرة ١٠٧) .

إجراءات جماعية . فالمدين المعسر لا ترفع يده عن ماله ، بل يبقى قائماً على إدارته ، وهذ[ا] بخلاف التاجر المفلس فإن أمواله تنزع من يده وتنتقل إلى حيازة أمين التفليسة . وفي الإعسار لا يعين سنديك ، ولا يجتمع الدائنون في اتحاد (union) ، كما يجرى الأمر في الإفلاس . فيبقى دائنو المدين المعسر كل منهم مستقل عن الآخر ، ولا تتخذ إجراءات جماعية للتنفيذ ، بل يقوم كل دائن على مصلحته بنفسه ، فيتخذ باسمه خاصة من الإجراءات الفردية ما يسمح به القانون . فلكل دائن أن يحجز على أموال المدين ، ما كان موجوداً منها قبل شهر الإعسار وما استجد بعده . ولكل دائن أن يبادر قبل غيره استيفاء حقه من أموال المدين ، فإذا لم يتمكن الدائنون الآخرون من اللحاق به ومزاحمته عند التوزيع ، فقد يستوفى حقه كاملا دونهم . فالمساواة إذن بين الدائنين إنما هي مساواة قانونية لا مساواة فعلية . والقانون [ي]عتبر الدائنين متساوين جميعاً ولكن لا يمنع من أن يتخذ أحدهم إجراءات فردية يسبق بها الآخرين .

على أن القانون كفل للدائنين المساواة الفعلية من وجهين : (١) إسقاط آجال الديون (٢) عدم نفاذ حقوق الاختصاص .

٧١٣ — آجال الديون : إذا شهر إعسار المدين ، كان ذلك إشعاراً للدائنين بأن يبادروا إلى التنفيذ على أمواله ، حتى يدركوا منها ما يستطيعون أن يستوفوا به أكبر نصيب من حقوقهم . ومن ثم يكون الدائن ذو الحق المؤجل في مركز بالغ الدقة ، فهو لا يستطيع المبادرة إلى التنفيذ لأن حقه لم يحل ، ولا يستطيع الانتظار إلى أن يحل الأجل خشية أن تستنفد الديون الحالة جميع أموال المدين . لذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٥٥ على أنه " يترتب على الحكم بشهر الإعسار أن يحل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة ، ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل " . فمجرد صدور الحكم بشهر إعسار المدين يترتب عليه سقوط الأجل في الديون المؤجلة ، وتصبح هذه الديون حالة تجوز المبادرة إلى التنفيذ بها، وبذلك تتحقق المساواة ما بين الديون المؤجلة والديون الحالة . وحتى لا يغبن المدين وأصحاب الديون الحالة من حلول الديون المؤجلة التي حلت بشهر الإعسار يخصم مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل . فإذا كان الدين المؤجل يستحق الدفع بعد سنة من وقت صدور حكم شهر الإعسار ، وكان يشتمل على فائدة اتفاقية مقدارها ٦% ، فإن الدين يصبح حالا بعد أن يخصم منه مقدار هذه الفائدة الاتفاقية . فإن كان لم يشتمل على فائدة اتفاقية وكان واجب الدفع بعد سنة ، أصبح حالا بعد أن يخصم منه مقدار الفائدة القانونية بسعر ٤% أو ٥% بحسب ما يكون دينا مدنياً أو تجارياً . أما إذا كان الدين واجب الدفع بعد سنة ، وكان

المتفق عليه أن يدفع في هذا الميعاد مع فائدة مقدارها ٦% مثلا ، فإنه يصبح حالا دون حصم ودون فائدة .

هذه هي القاعدة . ولكن يصح أن تكون ظروف المدين بحيث تستوجب الرفق به . وعند ذلك يجوز للمدين ، بعد أن سقط أجل الدين بقوة القانون بمجرد صدور حكم الإعسار ، أن يطلب من القاضي ، في مواجهة الدائن ذي الشأن أي صاحب الدين الذي سقط أجله ، إبقاء الأجل كما كان . ويجوز له فوق ذلك أن يطلب مد هذا الأجل ، بل يجوز له أن يطلب ، في مواجهة الدائنين أصحاب الديون الحالة ، أن يمنح أجلا يمكنه من تحين الفرصة المناسبة لتصفية أمواله على خير وجه لمصلحته هو ولمصلحة الدائنين معه . ويجيبه القاضي إلى ما طلب من كل ذلك إذا رأى أن الظروف تبرر إجابة هذا الطلب ، وأن من مصلحة المدين والدائنين جميعاً ألا يبادر الدائنون إلى التنفيذ على أموال المدين في ظروف غير مناسبة فتنزل قيمتها ، وأن من الخير التربص لفرصة مواتية تباع فيها هذه الأموال بأعلى قيمة فيعود ذلك بالنفع على كل من الدائنين والمدين . ويحقق هذا في الإعسار المدني بعض ما يحققه الصلح مع الدائنين (concordat) في الإفلاس التجاري ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

على أنه ليس بدعاً أن يمنح القاضي للمدين أجلا حتى في الديون الحالة ، وبالأولى أن يمد الأجل القائم أو يبقى على الأجل الموجود . فليس هذا إلا ضرباً من نظرة المدين إلى ميسرة (délai de grâce) ، يفعله القاضي حتى لو لم يكن المدين قد شهر إعساره، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ مدني على ما يأتي : "على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك و لم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم " .

٧١٤ — عدم نفاذ حقوق الاختصاص : ونص القانون على وسيلة أخرى أبعد أثراً في تحقيق المساواة الفعلية بين الدائنين . فقضت الفقرة الثانية من المادة ٢٥٦ ، كما رأينا، بأنه " لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأي اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل" . ذلك أن الدائنين يبادرون عادة ، بمجرد شهر إعسار مدينهم ، إلى أخذ حقوق اختصاص على عقاراته عن طريق الإجراءات الفردية التي لم يقطع حقهم فيها كما قدمنا ، وذلك كي يكفلوا لأنفسهم التقدم على الدائنين الذين لم يتمكنوا من أخذ حقوق اختصاص . وقد أصبحت هذه الإجراءات أكثر إخلالا بالمساواة بين الدائنين بعد أن اشترط التقنين المدني الجديد (م ١٠٨٥) أن يكون بيد الدائن حكم واجب التنفيذ حتى يستطيع أخذ حق

اختصاص ، فلابد والحالة هذه من أن الدائنين الذين بيدهم إحكام واجبة التنفيذ يبادرون إلى أخذ حقوق اختصاص على عقارات مدينهم المعسر ، يبتغون بذلك أن يتقدموا على الدائنين الذين لم تتح لهم الظروف أن تكون بأيديهم أحكام واجبة التنفيذ . فحتى تتحقق المساواة بين الدائنين قضى القانون ، كما رأينا ، بألا يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأي اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل . فإذا بادر دائن بيده حكم واجب التنفيذ إلى أخذ حق اختصاص ، فإن حق الاختصاص هذا لا يكون نافذاً في حق الدائنين ذوي التواريخ الثابتة السابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فإنه ينفذ بطبيعة الحال في حق جميع الدائنين .

ويتبين مما قدمناه أن الدائنين السابقين على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا يخشون أن يتقدم أحدهم على الآخرين بأخذ حق اختصاص . ولكن قد يكون لمن حصل منهم على حكم واجب التنفيذ مصلحة في أن يبادر إلى أخذ حق اختصاص على عقارات المدين ، حتى إذا ما انتهت حالة الإعسار بسبب من أسباب انتهائها كما سيأتي، واستجد للمدين دائنون آخرون بعد انتهاء حالة الإعسار ، كان حق الاختصاص نافذاً في حق هؤلاء الدائنين الذين استجدوا ، كما سنرى .

الفرع الثالث
انتهاء حالة الإعسار

٧١٥ — مسألتان : نتكلم في مسألتين : (١) كيف تنتهي حالة الإعسار (٢) وما الذي يترتب على انتهائها .

المبحث الأول
كيف تنتهي حالة الإعسار

٧١٦ — النصوص القانونية: تنص المادة ٢٦١ من التقنين المدني على ما يأتي:

" ١ — تنتهي حالة الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين، بناء على طلب كل ذي شأن ، في الحالتين الآتيتين : (أ) متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله (ب) متى قام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر في حلولها ، وفي هذه الحالة تعود آجال الديون التي حلت بشهر الإعسار إلى ما كانت عليه وفقاً للمادة ٢٦٣ " .

" ٢ – ويؤشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه بالحكم الصادر بانتهاء حالة الإعسار يوم صدوره على هامش التسجيل المنصوص عليه في المادة ٢٥٣ ، وعليه أن يرسل صورة منه إلى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به كذلك " .

وتنص المادة ٢٦٢ على ما يأتي :

" تنتهي حالة الإعسار بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار [١] " .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢٦١ – ٢٦٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٧٨ [٢] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٦١ : ورد هذا النص في المادتين ٣٤٩ و ٣٥٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي كان يتضمن حالة ثالثة لانتهاء الإعسار بموجب حكم قضائي : " متى قبل الدائنون أو بعضهم إبراء المدين من بعض ديونه بحيث لا يزيد الباقي في ذمته من الديون على ما عنده من مال " ، وفيما عدا أن المشروع التمهيدي لم يكن ينص على إرسال صورة من حكم إنهاء حالة الإعسار إلى قلم كتاب محكمة مصر . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة ، وحذفت الحالة الثالثة المشار إليها لدخولها في الحالة الأولى ، وأضيف النص على إرسال صورة الحكم إلى قلم كتاب محكمة مصر ، فأصبحت المادة مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمها ٢٧٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩١ – ص ٦٩٣) .

م ٢٦٢ : ورد هذا النص في المادة ٣٥١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٧٤ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٤ – ص ٦٩٥) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٦١ : (مطابقة للمادة ٢٦١ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أن نص التقنين السوري أغفل أن يذكر إرسال صورة الحكم بإنهاء الإعسار إلى ديوان وزارة العدل) .

م ٢٦٢ : (مطابقة للمادة ٢٦٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٧٨ : ينتهي الحجر بحكم تصدره محكمة البداءة ، بناء على طلب كل ذي شأن ، في الحالات الآتية : ١ – متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله . ٢ – متى قبل الدائنون أو بعضهم إبراء المدين من بعض ديونه بحيث يصبح الباقي في ذمته من الديون لا يزيد على ما عنده من مال . ٣ – متى قام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون للحجر أثر في حلولها ؛ وفي هذه الحالة تعود آجال الديون التي حلت بالحجر إلى ما كانت عليه من قبل ، بشرط أن يكون المدين قد وفى جميع أقساطها التي حلت . ٤ – متى انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم الصادر بالحجر . (ويختلف هذا النص عن نص التقنين المصري في أمرين : ١ – بقيت في التقنين العراقي حالة إبراء المدين من بعض الديون، وكانت –

ويخلص من هذه النصوص أن هناك طريقان لانتهاء حالة الإعسار : (١) فإما أن تنتهي هذه الحالة بحكم يصدر قاضياً بانتهائه (٢) وإما أن تنتهي بقوة القانون بعد انقضاء مدة معينة .

٧١٧ – انتهاء حالة الإعسار بموجب حكم قضائي :

تنتهي حالة الإعسار بموجب حكم قضائي في أحد فرضين : (أولا) إذا ثبت أن المدين قد أيسر يساراً تاماً ، فأصبحت أمواله تفي بجميع ديونه ، ما كان حالا منها وقت شهر إعساره وما حل بسقوط الأجل بسبب شهر الإعسار . وقد يتحقق ذلك لو أن المدين المعسر تلقى ميراثاً أو وصية ، فأصبحت أمواله تربي على ديونه أو تفي بها . وقد يتحقق ذلك أيضاً إذا قبل الدائنون أو بعضهم إبراء المدين من بعض ديونه بحيث يصبح الباقي في ذمته من الديون لا يزيد على ما عنده من مال [١] . (ثانياً) إذا ثبت أن المدين قد وفى بجميع ديونه التي كانت حالة وقت طلب إنهاء حالة الإعسار ، فإنها لا تدخل في هذا الحساب ، وذلك لأن هذه الديون سيعود إليها الأجل الذي سقط ، كما سنرى ، فتصبح غير حالة وقت طلب إنهاء حالة الإعسار . وظاهر أن المدين إذا كان قد وفى بجميع الديون المشار إليها ، فإنه يصبح في حالة كان لا يستطاع معها طلب شهر إعساره ، وهذا هو المبرر لإنهاء حالة الإعسار في هذا الفرض . ولكن لا يكفي أن يكون عند المدين مال كاف للوفاء بهذه الديون ، بل يجب أن يكون المدين قد وفاها فعلا كما رأينا [٢] . وفي هذا يختلف الفرض الثاني عن الفرض الأول، فقد تقدم في الفرض الأول أنه يكفي أن تكون أموال المدين قد أصبحت تفي بجميع ديونه دون حاجة إلى وفاء هذه الديون بالفعل .

وإذا تحقق فرض من هذين الفرضين ، فإن حالة الإعسار لا تنتهي بقوة القانون ، بل لابد من صدور حكم بإنهاء هذه الحالة . وهذا الحكم ، كالحكم بشهر الإعسار ، منشئ لا كاشف ، ويقبل الطعن فيه بالطرق المقررة قانوناً في المواعيد العادية . ويصدر من المحكمة

= موجودة كما رأينا في المشروع التمهيدي للتقنين المصري ولكنها حذفت في لجنة المراجعة لدخولها في الحالة الأولى كما تقدم القول . ٢ – في انتهاء الإعسار بانقضاء مدة معينة ، يختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أن التقنين العراقي يستلزم حكما بإنهاء الإعسار ويكتفي بانقضاء ثلاث سنوات ، أما التقنين المصري فلا يستلزم حكماً في هذه الحالة بل ينتهي فيه الإعسار بقوة القانون ولكنه يتطلب خمس سنوات لا ثلاثاً . قارن الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٠٨ ، وأنظر فقرة ١٠٩) .

(١) أنظر هذه الحالة في المشروع التمهيدي للتقنين المدني ، وقد حذفت كحالة مستقلة لأنها لا تعدو أن تكون تطبيقاً للحالة الأولى كما نرى (أنظر آنفاً فقرة ٧١٦ في الهامش) .

(٢) وذلك في مقابل أن الديون التي سقطت آجالها بسبب شهر الإعسار ستعود ديوناً مؤجلة كما كانت .

الابتدائية التي يتبعها موطن المدين ، وتكون عادة هي المحكمة التي أصدرت الحكم بشهر إعساره ، ما لم يكن المدين قد غير موطنه . ويصدر بناء على طلب كل ذي شأن . وأول ذوي الشأن في هذا الطلب هو المدين نفسه ، فمن مصلحته ، متى تحقق فرض من الفرضين المتقدمين الذكر ، أن يطلب من المحكمة إصدار حكم بإنهاء إعساره . وقد يكون لأحد الدائنين مصلحة في طلب إنهاء الإعسار ، إذا كان دينه في الأصل وشيك الحلول ، ثم حل هو وغيره من الديون المؤجلة بسبب شهر الإعسار . فإذا انتهت حالة الإعسار بتوفيه الديون الحالة ، رجعت الآجال إلى الديون المؤجلة . ولما كان أجل دينه وشيك الحلول كما قدمنا ، فإنه يستوفى الدين قبل غيره من أصحاب الديون المؤجلة ، وقد يظفر به كاملا [1] .

ومتى صدر الحكم بإنهاء حالة الإعسار من المحكمة المختصة ، أشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه ، يوم صدور الحكم ، بانتهاء حالة الإعسار على هامش التسجيل المقيد في السجل الخاص بالمحكمة ذاتها . فإذا كان المدين قد غير موطنه ، ورفعت دعوى إنهاء الإعسار في محكمة موطنه الجديد ، وجب التأشير بالحكم في سجل كل من المحكمتين ، المحكمة التي أصدرت الحكم بإنهاء حالة الإعسار والمحكمة التي أصدرت الحكم بشهر الإعسار . وفي جميع الأحوال يجب أن ترسل صورة الحكم بإنهاء حالة الإعسار إلى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به كذلك في السجل الموجود بهذه المحكمة [2] .

٧١٨ – انتهاء حالة الإعسار بقوة القانون : وقد أعطى القانون مهلة للدائنين لتصفية أموال مدينهم واستيفاء حقوقهم منها ، عن طريق الإجراءات الفردية ،

(١) أما إذا كان دينه قد حل فعلا بانقضاء أجله ، وأريد إنهاء حالة الإعسار بتوفيه الديون الحالة ، فإنه لا يتصور أن يكون الدائن الذي حل دينه هو الذي يطلب ذلك، لأنه يكون قد استوفى دينه قبل أن يتقدم بهذا الطلب. هذا ويصح أن يطلب إنهاء الإعسار من تصرف له المدين المعسر ، فإن هذا التصرف ، وإن كان لا يسرى في حق الدائنين ، يبقى قائماً فيما بين المدين ومن تصرف له كما قدمنا . فيستطيع المتصرف له ، بإنهاء حالة الإعسار ، الرجوع على المدين وهو غير معسر .

(٢) أنظر في طرق انتهاء حالة الإعسار القانوني المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٨ – ص ٦٩٩ – وقد جاء في هذه المذكرة ، في شأن الحكم الصادر بانتهاء حالة الإعسار ، ما يأتي : " وتتبع في الحكم بانتهاء حالة الإعسار ... نفس الإجراءات الخاصة بحكم شهر الإعسار . فهو يصدر من المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها آخر محل (موطن) للمدين – ولا يتحتم صدوره من المحكمة التي أصدرت حكم شهر الإعسار . بناء على طلب كل ذي شأن (المدين أو الدائن أو حتى من آل إليه مال من المدين) . ويقبل الطعن فيه بالطرق نفسها ، ولكن في المواعيد العادية ، لأن المدد القصيرة لا يلجأ إليها إلا حيث تقتضي ذلك ضرورة الاستعجال عند شهر الإعسار . ويسجل هذا الحكم إداريا في اليوم الذي يصدر فيه في هامش تسجيل حكم شهر الإعسار ، وبهذا تتم العلانية الواجبة له بالنسبة لذوي الشأن كافة (م ٣٥٠ من المشروع) " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٩) .

فأمامهم خمس سنوات من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار ، وهي مدة كافية لتصفية أموال المدين . ولا يجوز أن يبقى المدين بعد انقضاء هذه المدة في حالة الإعسار التي لحقته ، فإن هذه الحالة قد غلت يده عن التصرف في أمواله ، فوجب التوفيق بين مصلحته ومصلحة دائنيه ، فروعيت مصلحة هؤلاء بإعطائهم مدة كافية لاستيفاء حقوقهم عن طريق الحجز على أموال مدينهم ، وروعيت مصلحة المدين بإنهاء حالة الإعسار بقوة القانون بمجرد انقضاء هذه المدة .

وغني عن البيان أنه بمجرد انقضاء الخمس السنوات من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار تنتهي حالة الإعسار دون حاجة إلى استصدار حكم بذلك ، بل ودون حاجة إلى التأشير بذلك على هامش التسجيل ، إذ يسهل على كل ذي مصلحة يبحث حالة المدين أن يحسب انقضاء الخمس السنوات المذكورة بمجرد اطلاعه على تاريخ تسجيل التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار .

المبحث الثاني

ما يترتب على انتهاء حالة الإعسار

٧١٩ – النصوص القانونية: تنص المادة ٢٦٣ من التقنين المدني على ما يأتي:

" يجوز للمدين بعد انتهاء حالة الإعسار أن يطلب إعادة الديون التي كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار ولم يتم دفعها إلى أجلها السابق ، بشرط أن يكون قد وفى ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر في حلولها " .

وتنص المادة ٢٦٤ على ما يأتي :

" انتهاء حالة الإعسار بحكم أو بقوة القانون لا يمنع الدائنين من الطعن في تصرفات المدين ولا من التمسك باستعمال حقوقه وفقاً للمواد من ٢٣٥ إلى ٢٤٣ [1] " .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٦٣ : ورد هذا النص في المادة ٣٥٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " يجوز للمدين بعد انتهاء حالة الإعسار ، أو بعد وفاء الديون التي حلت دون أن يكون لإشهار الإعسار أثر في حلولها، أن يطلب إعادة الديون ، التي كانت قد حلت بسبب إشهار الإعسار ولم يتم دفعها ، إلى أجلها السابق، بشرط أن يكون قد وفى جميع أقساطها التي حلت " . وفي لجنة المراجعة حذفت عبارة " أو بعد وفاء الديون التي حلت دون أن يكون لإشهار الإعسار أثر في حلولها"، لأنها وردت في الحالة (ب) من المادة ٣٤٩ (م ٢٦١ من التقنين الجديد) . وأصبحت المادة رقمها ٢٧٥ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي =

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٦٣ — ٢٦٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٧٩ [(١)] .

ويخلص من هذه النصوص أن حالة الإعسار متى زالت زالت معها الآثار التي كانت قد ترتبت عليها . ومن هذه الآثار التي تزول تذكر بنوع خاص سقوط أجل الدين ، فيعود الدين إلى أجله السابق . كذلك المدين الذي تزول حالة إعساره بحكم قضائي أو بقوة القانون قد ينتقل من حالة إعسار قانونية إلى حالة إعسار فعلي ، فيبقى خاضعاً لأحكام الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية اللتين لا تتطلبان إلا الإعسار الفعلي على ما قدمناه.

فنستعرض إذن مسائل ثلاثاً : (١) زوال الآثار التي ترتبت على شهر الإعسار بوجه عام . (٢) رجوع الأجل بعد سقوطه . (٣) خضوع المدين بعد زوال حالة إعساره لأحكام الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية .

= لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة : " قد وفى ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر في حلولها بعبارة : " قد وفى جميع أقساطها التي حلت " ، لأن العبارة الأولى أوضح وأدق في بيان المقصود ، فضلا عما في العبارة الثانية من إبهام قد يوحي بأن ما وقع عليه الوفاء هو أقساط الديون التي كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار مع أن المقصود غير ذلك . وأصبحت المادة رقمها ٢٦٣ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٦ — ص ٦٩٧) .

م ٢٦٤ : ورد هذا النص في المادة ٣٥٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ليس للدائنين أن يطعنوا فيما يقوم به المدين بعد انتهاء حالة الإعسار من تصرف في ماله أو من وفاء لديونه ، إلا إذا انطوى هذا التصرف أو الوفاء على الغش ، وبالقدر الذي يسمح به القانون " . وفي لجنة المراجعة عدلت المادة تعديلا أكثر دلالة على المعنى المراد ، فأصبحت مطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمها ٢٧٦ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٨ — ص ٧٠٠) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٦٣ — ٢٦٤ : (مطابقتان لنص المادتين ٢٦٣ — ٢٦٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٧٩ : يكون للمدين الحق ، بمقتضى الحكم الصادر بانتهاء الحجر أن يحصل من دائرة الإجراء على قرار برفع الحجز الموقع على أمواله بسبب الحجر ، وهذا دون إخلال بما اتخذه كل دائن من الإجراءات على أموال المدين باسمه خاصة ولمصلحته وحده .

(ويلاحظ أن التقنين العراقي ينهي حالة الإعسار بطريقة تتفق مع توقيع الحجز بعد الحجر ، فالمدين يحصل من دائرة الإجراء على قرار برفع الحجز . ويحتفظ لكل دائن بما يكون قد سبق له اتخاذه من إجراءات فردية. ولم يعرض التقنين العراقي لعودة الأجل الساقط . كذلك لم يعرض للدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية، ولكن ما عرض له التقنين المصري من ذلك ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة — أنظر الأستاذ حسن على الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١١٠) .

٧٢٠ — زوال الآثار التي ترتبت على شهر حالة الإعسار : رأينا أن هناك آثاراً ترتبت على شهر حالة الإعسار . فالمدين قد غلت يده عن التصرف في ماله ، وأصبح معرضاً لعقوبة التبديد في حالتين معينتين سبق ذكرهما ، وقد يكون حصل على أمر بتقرير نفقة له من إيرادات أمواله المحجوزة . والدائنون لا يحتج بعضهم على بعض بحقوق الاختصاص التي تكون قد أخذت بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، وقد سقطت آجال ديونهم إن لم تكن قد استبقيت أو مدت أو منحت آجال للديون الحالة .

هذه الآثار كلها تبقى ببقاء حالة الإعسار ، فإذا ما زالت هذه الحالة بحكم قضائي أو بقوة القانون ، فإن الآثار التي ترتبت عليها تزول بزوالها . ومن ثم يعود للمدين حق التصرف في أمواله ، فتنفذ تصرفاته في حق دائنيه ، ولكن يبقى لدائنيه أن يباشروا الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية كما سيأتي . ولا يصبح المدين معرضاً لعقوبة التبديد ، حتى لو أخفى ماله عن دائنيه أو اصطنع ديوناً صورية أو دوناً مبالغاً فيها أو تعمد الإعسار ، ولا يكون معرضاً في كل ذلك إلا لأحكام دعوى الصورية والدعوى البولصية ، وذلك ما لم يشهر إعساره من جديد فيترتب على الحكم الجديد بشهر الإعسار آثاره المعروفة . كذلك تنقطع النفقة التي قد تكون قدرت له ، فإن النفقة لا تبقى إلا ببقاء حالة الإعسار القانوني . أما حقوق الاختصاص التي كان قد أخذوها بعد تسجل صحيفة دعوى الإعسار ، فإنها تصبح نافذة في حق الدائنين الذين استجدوا بعد انتهاء حالة الإعسار ، ولكنها تبقى غير نافذة في حق الدائنين السابقين على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار [(١)] .

وننتقل الآن إلى رجوع الأجل بعد سقوطه .

٧٢١ — رجوع الأجل بعد سقوطه : متى زالت حالة الإعسار زال أثرها في إسقاط أجل الدين ، وعاد الدين إلى أجله السابق .ونستعرض ، بيان ذلك تفصيلا، الفروض التي تزول فيها حالة الإعسار :

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى ما يأتي : " ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا ينفذ أي اختصاص يرتب على عقارات المدين في حق دائنيه ذوي الديون الثابتة التاريخ قبل هذا التسجيل . وقد أريد بهذا النص ضمان المساواة بين الدائنين السابقة حقوقهم على تلك الدعوى ، على نحو يقيلهم من عناء التزاحم والتدافع . ويكون لحق الاختصاص ، فيما عدا ذلك ، جدواه بالنسبة للدائنين من أصحاب الحقوق السابقة على الدعوى ، فيما لو انتهت حالة الإعسار (م ٣٤٩ من المشروع) ، فلمن يحصل منهم على هذا الحق أن يحتج به على من تنشأ ديونهم بعد انتهاء حالة الإعسار " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٨ — ص ٦٧٩) . وقارن بما جاء في المذكرة الإيضاحية في موضع آخر : " ويلاحظ من ناحية أخرى أن رخصة الاختصاص بعقارات المدين تعود إليهم ، ويكون ما ترتب من الحقوق بمقتضاها نافذاً في حق كل دائن ليس لدينه تاريخ ثابت عند رفع دعوى شهر الإعسار (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٩) .

وأنظر الأستاذ عبد الحي حجازي ٣ ص ٢٢٦ — وقارن الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٤٤ .

فإن زال الإعسار بحكم قضائي بسبب قيام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر في حلولها ، فإن الديون الباقية التي لم توف والتي كانت آجالها قد سقطت بشهر الإعسار – تعود إلى آجالها السابقة ، فتصبح ديوناً مؤجلة غير حالة ، ولا تحل إلا بانقضاء آجالها انقضاء طبيعياً بانقضاء المدة لا عن طريق سقوط الأجل. وتقضي بهذا كل من المادتين ٢٦١ فقرة أولى و ٢٦٣ .

وإن زال الإعسار بحكم قضائي بسبب كفاية أموال المدين للوفاء بديونه الحالة منها والمؤجلة ، كانت هذه الديون طائفتين : (١) طائفة حل أجلها حلولا طبيعياً ، أما لأنها كانت حالة وقت شهر الإعسار وأما لأنها حلت بعد ذلك بانقضاء مدة الأجل لا بسقوطه . فهذه الديون تكون حالة مستحقة الأداء ، وعلى المدين الذي زالت حالة إعساره الوفاء بها ، وإلا اتخذ الدائنون إجراءات التنفيذ الجبري واستوفوا حقوقهم من أمواله ، وهي تكفي فرضاً لوفاء لا بالديون الحالة وحدها ، بل بها وبالديون المؤجلة . (٢) وطائفة لم يحل أجلها ، وإنما كان الأجل قد سقط بشهر الإعسار . هذه الديون إذا كانت لم توف ، تعود إليها آجالها السابقة بموجب المادة ٢٦٣ – لا المادة ٢٦١ فقرة أولى – فترجع ديوناً مؤجلة ، وعند انقضاء مدة الأجل تكون مستحقة الأداء ، وعلى المدين الوفاء بها ، والمفروض أن عنده من المال ما يكفي لذلك [1] ، فإن لم ينفذ طوعا اتخذت إجراءات التنفيذ الجبري . ويشترط لرجوع الآجال بعد سقوطها – كما تقضي صراحة المادة ٢٦٣ – أن يكون المدين قد وفى ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر في حلولها ، أي أن يكون قد وفى الطائفة الأولى من الديون .

وإن زال الإعسار بقوة القانون – بانقضاء خمس سنوات من تاريخ التأشير بحكم شهر الإعسار – ووفى المدين الديون التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر في حلولها على النحو الذي قدمناه ، كان من حقه أن يطلب – بموجب المادة ٢٦٣ لا المادة ٢٦١ فقرة أولى – إرجاع الآجال السابقة للديون التي تكون آجالها قد سقطت بسبب شهر الإعسار ولم يكن سبق الوفاء بها [2] .

٧٢٢ – خضوع المدين بعد زوال حالة إعساره لأحكام الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية :

قلنا أن المدين الذي زالت حالة إعساره بحكم

(١) وهذا ما لم يكن قد أعسر مرة أخرى في الفترة التي سبقت انقضاء الأجل ، فعند ذلك تجوز العودة إلى شهر إعساره من جديد .

(٢) قارن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٦٩٩ – ص ٧٠٠ – وهي تشرح المشروع التمهيدي قبل تعديله في لجنة المراجعة .

قضائي أو بقوة القانون يعود له حق التصرف في ماله . ولكن قد يقع أن هذا المدين الذي زالت حالة إعساره القانوني يبقى معسراً إعساراً فعلياً [1] . ففي هذه الحالة يصبح المدين خاضعاً لأحكام كل من الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية . ذلك أن انتهاء حالة الإعسار بحكم قضائي أو بقوة القانون – كما تقول المادة ٢٦٤ – لا يمنع الدائنين من الطعن في تصرفات المدين بالدعوى البولصية ، ولا من التمسك باستعمال حقوقه بالدعوى غير المباشرة ، وذلك كله وفقاً للمواد ٢٣٥ – ٢٤٣ مدني ، وهي النصوص التي تبسط أحكام كل من الدعويين .

فيجوز للدائنين إلى أن يستعملوا حقوق مدينهم المعسر إعساراً فعلياً ، بعد زوال إعساره القانوني ، عن طريق الدعوى غير المباشرة ، فإن الذي يشترط في هذه الدعوى هو الإعسار الفعلي دون الإعسار القانوني كما قدمنا .

ويجوز للدائنين كذلك أن يطعنوا في تصرفات المدين المعسر إعساراً فعلياً ، بعد زوال إعساره القانوني ، بالدعوى البولصية ، فإن الذي يشترط في هذه الدعوى أيضاً هو الإعسار الفعلي دون الإعسار القانوني كما سبق القول . وعلى الدائنين في هذه الحالة أن يراعوا توافر شروط الدعوى البولصية ، إلا إذا عادوا إلى شهر إعسار المدين من جديد بعد توافر شروط الإعسار القانوني ، فعند ذلك لا تسرى تصرفات المدين في حقهم دون حاجة إلى الطعن في هذه التصرفات بالدعوى البولصية .

ويخلص لنا من ذلك أن المدين قد تتعاقب عليه حالتا الإعسار القانوني والإعسار الفعلي . فأن كان في حالة إعسار قانوني ، فأنه يكون خاضعاً للنظام الخاص الذي بسطنا تفصيلاته فيما تقدم . أما إذا كان معسراً إعساراً فعلياً فإنه لا يكون خاضعاً لهذا النظام الخاص ، بل يخضع للنظام العام الذي يخضع له جميع المدينين ، وهو النظام الذي تسوده أحكام الدعاوى الثلاث : الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية .

****

(١) ويتحقق ذلك إذا كان زوال حالة الإعسار القانوني قد تم بسبب وفاء الديون التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر في حلولها ، فقد لا يكون عند المدين مال يكفي للوفاء بالديون التي عادت إليها آجالها . فيكون معسراً إعساراً فعلياً . ويتحقق أيضاً إذا كان زوال حالة الإعسار القانوني قد تم بقوة القانون بانقضاء خمس سنوات ، فقد يبقى المدين بعد انقضاء هذه المدة معسراً إعساراً فعلياً بعد زوال حالة الإعسار القانوني . بل إنه إذا كان زوال حالة الإعسار القانوني قد تم بسبب كفاية أموال المدين لوفاء جميع ديونه الحالة والمؤجلة، أي إذا زال الإعسار القانوني والإعسار الفعلي في وقت واحد ، فإن المدين قد يعود إلى الإعسار الفعلي دون أن يشهر إعساره القانوني .

القسم الثاني
آثار الالتزام

صفحة

الفصل الثاني

التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي

الفصل الثالث

التعويض القانوني أو الفوائد

الباب الثالث

أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته

ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان

الفصل الأول

الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة

الفصل الثاني

الدعوى البولصية

الفصل الثالث
دعوى الصورية

الفصل الرابع
الحق في الحبس

صفحة

الفصل الخامس

الإعسار